UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT

DE L'AMORTISSEMENT
DES ACTIONS
ET DE SA NATURE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

GUSTAVE LAUGIER

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Faculté de Droit d'Aix-en-Provence

PERSONNEL

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé des Cours de Législation Industrielle et de Pandectes.

JOURDAN, professeur de Droit Civil, chargé du Cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat).

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial, chargé du cours de Droit Maritime.

VERMOND, professeur de Droit Romain, chargé du cours de Pandectes.

MOREAU, professeur de Droit Administratif, chargé des cours de Législation financière et de Droit Administratif approfondi.

AUDINET, professeur de Droit International public et privé, chargé du Cours de Droit International public (Doctorat).

CÉZAR-BRU, professeur de Droit Civil, chargé du cours de Droit Civil approfondi.

BABLED, professeur d'Économie politique, chargé du cours d'Histoire des doctrines économiques (Doctorat).

BONNECARRÈRE, professeur de Législation Criminelle, chargé du cours d'Enregistrement.

DELPECH, agrégé, chargé des cours de Droit Public et de Droit Constitutionnel (Licence et Doctorat).

RIPERT, agrégé, chargé du cours de Droit civil.

PERROUD, agrégé, chargé des cours de Procédure civile et d'Histoire générale du Droit français.

RAYNAUD, agrégé, chargé des cours d'Économie politique (Licence et Doctorat) et d'Histoire du Droit public (Doctorat).

JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT

DE L'AMORTISSEMENT DES ACTIONS

ET DE SA NATURE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ACAD. DROIT BAT. BIBL.

PAR

GUSTAVE LAUGIER

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549817_0012

INTRODUCTION

Les grandes sociétés sont actuellement si répandues dans la pratique, les difficultés qui s'y rattachent ont été si souvent étudiées par les auteurs, et ont si fréquemment fait l'objet de litiges variés devant nos juridictions, des vues d'ensemble ont été si souvent exposées sur cette matière et avec parfois un tel talent, que je ne m'attarderai pas au début de cette monographie a présenter une théorie générale des sociétés et que je commencerai à parler tout de suite de l'amortissement. Ne voulant pas, naturellement, me servir de termes qui pourraient faire préjuger à l'avance des questions que nous aurons à étudier, je n'emploierai que les expressions les plus générales.

L'idée que l'on trouve à la base de cette institution relativement récente est que le capital engagé dans une entreprise industrielle et commerciale peut, pour des raisons nombreuses et diverses, disparaître soit complètement, soit en partie ; et que ceux auxquels ce capital doit revenir se disent qu'au lieu de dissiper complètement les revenus qui en proviennent, ils agiraient plus sagement en en économisant une partie, la plus grande partie possible, de manière à compen-

ser les pertes qui se produisent, ou à reconstituer un autre capital qui se juxtaposera à l'ancien et le remplacera si ce dernier vient à disparaître, ou constituera un bénéfice net si l'entreprise continue à bien marcher.

Il n'y a pas là une simple idée d'épargne, il y a en outre le désir soit de maintenir intacte, une masse de biens ayant, dans une certaine mesure au moins, son autonomie propre, soit de créer un autre capital ayant absolument les mêmes caractères que les premiers et pouvant au besoin en prendre la place.

Autrement dit, les intéressés veulent attribuer un caractère particulier à une partie de leurs revenus, et dès maintenant, on peut se rendre compte qu'il y a là une illusion d'optique volontaire, la création de catégories et de divisions factices.

Un commerçant consacre une certaine somme à un commerce et décide de prélever une certaine partie de ses bénéfices pour maintenir l'intégralité de sa mise de fonds ; ce commerçant croit spécialiser et mettre dans une situation tout à fait particulière les sommes qu'il a ainsi prélevées, mais c'est toujours au fond une partie d'un même tout qui n'en diffère pas du reste malgré les épithètes spéciales qu'on y a accolées. Et maintenant, envisageons l'hypothèse d'une société ; voilà des gens qui ont mis en commun divers moyens de production pour se partager les bénéfices qui en résulteront ; ces bénéfices, une fois les droits de leurs créanciers satisfaits, leur appartiennent, ils peuvent en faire ce qu'ils

veulent, et cela quelque appellation qu'il leur a plu de leur donner, intérêts fixes, dividendes ; et il en est même ainsi s'ils ont décidé d'en considérer une partie comme venant prendre dans leur patrimoine la place du capital qu'ils ont engagé dans l'entreprise en question, capital qui, pour des raisons fort diverses, peut disparaître ou diminuer dans de notables proportions. Ce que je me propose, c'est de rechercher et de déterminer le plus exactement possible la nature juridique de cette opération que l'on appelle l'amortissement dans les sociétés commerciales, et de sa contre-partie qui consiste dans la substitution d'un titre nouveau appelé action de jouissance au titre primitif désigné sous le nom d'action de capital. Nous examinerons les diverses opinions qui ont été émises ainsi que les conséquences particulières qui résultent de chacune d'elles, et nous rechercherons quelle est celle qui paraît préférable. Avant d'aller plus loin, je veux répondre à une objection que l'on pourrait me faire. C'est de n'avoir jusqu'ici fait aucune allusion à l'amortissement des obligations. Je répondrai qu'en matière d'obligations, il n'y a pas véritablement amortissement, mais simplement remboursement de dettes fait dans des conditions un peu spéciales. Du reste, pour ne laisser planer aucun doute, je donnerai en temps voulu toutes les explications nécessaires, ainsi que sur une espèce particulière de titres émis sous le nom de bons d'amortissement par certaines sociétés, notamment des sociétés de capitalisation et d'assurances sur la vie.

Il est indispensable avant toute chose de donner quelques renseignements d'abord sur ce qui a été écrit jusqu'ici relativement à notre matière, et ensuite sur la méthode qui semble devoir s'imposer si l'on veut arriver à un résultat à peu près satisfaisant.

En étudiant l'histoire des institutions juridiques, on retrouve toujours à peu près la même marche. Les hommes de la pratique, sous l'empire des nécessités journalières, font des combinaisons, créent peu à peu des institutions qui vont se modifiant et se perfectionnant elles-mêmes pendant un nombre d'années plus ou moins grand, sans que ceux qui s'en servent se rendent compte de leur nature et cherchent à raisonner sur l'instrument qu'ils ont en mains ; ils ne font pas de théorie : ils agissent suivant les besoins du moment sans ordre logique, et c'est ainsi que bien souvent on voit d'abord apparaître ce qui, dans la construction théorique, sera l'effet d'une cause qui dans la pratique ne vient que plus tard. Et puis, on en vient peu à peu à se préoccuper de réunir ce faisceau d'institutions, de règles, de combinaisons en une théorie rationnelle satisfaisant à toutes les exigences de la logique. Naturellement, cela ne va généralement pas tout seul : étant donnée l'opposition qui existe forcément entre les intérêts des uns et des autres, étant donné qu'il y a bien souvent dans la pratique des règles secondaires qui semblent se contredire et supposer des points de départ tout à fait opposés, étant donné surtout que l'esprit de l'homme est infiniment souple et varié, des opi-

nions différentes se font jour, et ce sont alors dans les ouvrages de la doctrine et devant les tribunaux de longues discussions qui, la plupart du temps, nécessitent l'intervention du législateur.

C'est un lieu commun de montrer que cette progression se retrouve dans presque toutes les institutions juridiques de tous les temps et de tous les pays. Sans doute, aujourd'hui, il est souvent malaisé de s'en rendre compte, surtout en ce qui concerne le droit civil et la procédure ; mais, en matière commerciale, au contraire, par suite du changement continuel de l'état économique des sociétés, des besoins nouveaux font constamment naître des organismes nouveaux : et l'on peut dire que le droit commercial plus que tous les autres encore se fait et se défait tous les jours, l'évolution y est souvent si rapide qu'on en peut suivre toutes les phases à vue d'œil : une institution meurt ; une autre se forme peu à peu, souvent modeste dans ses débuts, puis elle grandit en importance jusqu'à ce qu'une modification quelconque de la vie des affaires l'emporte comme ses aînées.

C'est l'histoire même de l'amortissement. L'amortissement date de la première moitié du siècle dernier, il a vu sa faveur augmenter de jour en jour, et certes, il n'a pas dit son dernier mot. Pendant longtemps, malgré sa fréquence de plus en plus grande on ne s'est nullement préoccupé d'en rechercher la nature ; les auteurs eux-mêmes se contentaient d'en dire à peine quelques mots dans leurs traités, reproduisant purement et simplement

les dires du public qui se payait de mots et s'arrêtait aux simples apparences, lesquelles, d'ailleurs, flattaient assez ses instincts. Cependant, l'opinion fut mise en éveil par un auteur fort remarquable, M. Thaller, qui, avec sa perspicacité ordinaire, sut dévoiler en quelques lignes de son Traité tout ce qu'il y avait d'intéressant dans cette question.

L'éminent professeur de la Faculté de Paris avait vu le premier que le langage employé jusque-là pouvait bien ne pas être l'expression de la réalité, et en quelques mots il montra tout le bouleversement que l'on pouvait apporter à l'idée adoptée jusque-là. Et c'est probablement sur ses conseils que M. Morel, le premier, s'occupa à fond de cette question, et l'étudia sous toutes ses faces dans une thèse très bien faite et fort complète. Peu après, un notaire de Marseille, M. Maria, sans s'être concerté avec les deux auteurs précédents, ignorant même leur opinion sur la question, vint apporter à leur thèse le précieux concours de ses connaissances et de son expérience pratique, en même temps que de nouveaux arguments que lui suggérait son esprit ingénieux et habile.

Deux professeurs de nos Facultés s'intéressèrent à cette question : M. Bouvier-Bangillon, d'abord dans un article paru dans le *Journal des Sociétés* (avril 1906), puis dans un article publié dans son numéro de septembre-octobre (1906) par la *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, développa un système fort séduisant par son ingéniosité et son originalité. A peu

près en même temps, un autre professeur, M. Valéry, de Montpellier, dans un long et minutieux travail publié par la même revue, attaqua, au nom de ce que l'on pourrait appeler l'opinion classique, le système défendu par MM. Thaller, Morel et Maria ; son argumentation fort serrée et fort habile exige une attention soutenue et doit être suivie pas à pas. D'ailleurs, M. Valéry termine d'une façon très curieuse : après avoir combattu en faveur des idées anciennes, il expose un système tout à fait nouveau et personnel. Un article de M. Thaller dans le *Journal des Sociétés* (novembre 1906) clôture cette liste : nous verrons combien ces quelques pages sont à louer, toutes remplies de remarques frappées au coin du bon sens. Nous ne faisons de restrictions qu'en ce qui concerne les sociétés concessionnaires, mais n'anticipons pas.

Pourquoi l'amortissement est-il une institution relativement récente ? C'est ce dont nous nous rendrons compte en étudiant directement cette institution, mais ce dont je puis dire un mot tout de suite c'est la cause du long silence des auteurs et du défaut de jurisprudence sur cette intéressante question.

L'amortissement, ou plutôt le fonctionnement de l'amortissement, supposant qu'il y a des bénéfices, les choses vont toutes seules en pratique : par hypothèse même il y a de l'argent dans la caisse de la société, le titulaire de l'action sortie au tirage touche ce qui lui est dû, il est bien content et n'a naturellement rien à récla-

mer : aussi on comprend très bien qu'il ne se soit élevé aucune difficulté dans la pratique ; et même pour les cas où une société après une période plus ou moins longue de prospérité traverse une crise, il n'y a pas d'exemple de procès intentés contre les actionnaires qui ont eu la chance de voir leurs actions désignées aux précédents tirages au sort, soit par leur coassociés moins favorisés, soit par les créanciers de la société.

Cependant, pour être scrupuleusement exact, il faut dire que la question avait intéressé l'administration de l'Enregistrement, qui même avait pris une décision, et c'est ce que l'on peut voir dans le *Journal de l'Enregistrement* (1889, p. 417, Solution relative à la Société anonyme des salines d'Einville). Mais le fisc ayant adopté l'opinion courante, il n'y eut aucune difficulté ; et l'on comprend très bien alors que le monde des théoriciens, des professeurs et des arrêtistes ait ignoré pendant fort longtemps cette question. Du reste, même à présent, il n'y a pas que je sache de décision de jurisprudence sur cette matière.

Je crois utile de donner maintenant quelques explications sur la méthode que je compte suivre, parce qu'une bonne méthode est absolument indispensable surtout dans les matières nouvelles où il est si facile de se tromper.

La première chose à faire c'est de bien déterminer le but que l'on se propose. Nous l'avons déjà indiqué, c'est de rechercher la nature juridique d'une institution et les

conséquences diverses qui résultent des différentes réponses données à notre problème. Pour atteindre ce but, la seule manière dont on puisse utilement procéder est la suivante :

Il faut, en dehors de toute idée préconçue, prendre l'institution en elle-même, l'étudier à fond, rechercher comment elle fonctionne, quelle utilité elle présente pour les parties, sous l'empire de quelles nécessités elle a été créée ; et ce n'est qu'après avoir obtenu ainsi une base solide, que l'on peut commencer à construire une théorie juridique. Si l'on ne suit pas cette marche on risque d'échouer sur deux écueils différents mais également dangereux. On peut, faute d'un examen approfondi, s'en tenir aux idées imprécises et généralement erronées qui ont cours parmi le public qui s'arrête si facilement aux apparences et se laisse si aisément tromper par les mots. C'est ce qui est arrivé aux auteurs de droit commercial qui, les premiers, ont consacré quelques mots dans leur traité à notre question : c'est un manque d'étude sérieuse qui se rencontre chez des gens pressés par le temps et n'ayant pas eu la perspicacité de découvrir du premier coup d'œil le fond de la question. Ces auteurs ressemblent à ces magistrats qui, ayant à décider quel est le contrat qu'ont fait deux parties contractantes, s'arrêteraient à la qualification donnée par ces dernières dans l'acte écrit qu'elles ont rédigé, ce qui serait, il est à peine besoin de le dire, absolument contraire aux règles les plus élémentaires de notre droit. L'autre danger, pour

être à l'opposé du premier n'en est pas moins très réel, et beaucoup de bons esprits n'ont pas su l'éviter. Voulant à tout prix trouver quelque chose d'original, certains auteurs, ne tenant aucun compte de la réalité, s'efforcent d'échaffauder des théories brillantes et inédites : ils arrivent ainsi à des systèmes fort ingénieux et fort intéressants, mais qui ont le grave tort de ne reposer sur aucune base solide et de crouler sous leur propre poids.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'AMORTISSEMENT EN LUI-MÊME ET DES DIVERSES EXPLICATIONS QU'ON EN A DONNÉES

CHAPITRE PREMIER

Origine rationnelle et historique de l'amortissement

Nous avons déjà dit un mot de l'idée qui se trouvait à la base de cette institution, il reste maintenant à préciser. L'expérience démontre que toute chose tend à s'user et à devenir impropre à l'usage que l'on en fait : cela fut vrai de tout temps, mais à notre époque de concurrence effrénée, de production intensive et parfois même d'engorgement, cette vérité devient encore plus évidente; tous ceux qui sont à la tête d'une usine savent très bien qu'un matériel, qu'un outillage si perfectionné soit-il à tous les points de vue s'use promptement et non pas tant en soi que relativement aux améliorations apportées continuellement dans les usines concurrentes, améliorations qui

permettent de produire davantage et à meilleur marché, et qu'au bout d'un certain temps il faut faire de nouvelles dépenses pour se mettre au même niveau que les autres et même les dépasser si cela se peut. Naturellement, cette réfection du capital producteur ne se fait pas sans argent ; or, si l'on n'a pas de fonds, comment va-t-on faire ? Va-t-on emprunter ? Va-t-on offrir à de nouveaux individus d'entrer dans la société déjà existante moyennant un apport ? Ce sont là des procédés que l'on rencontre continuellement dans la pratique mais auxquels généralement on ne recourt que lorsqu'on ne peut pas faire autrement, car ils présentent les inconvénients que l'on retrouve chaque fois que l'on est obligé de recourir à son prochain. Ces inconvénients, on aurait pu les éviter en prélevant chaque année une partie des bénéfices, à condition naturellement que l'exploitation en donne, que l'on aurait destinés aux améliorations nécessaires. Au fond, et il n'y a pas de raison pour le nier, c'est, dans tous les cas, aux inconvénients d'une diminution de capital que l'on veut parer. Mais, quoi qu'en dise M. Bouvier-Bangillon, ce n'est pas là la véritable raison de l'amortissement ; en effet, ces dépenses sont généralement d'une importance relativement minime et ont un caractère de périodicité tel qu'on peut les prévoir et les calculer approximativement à l'avance, et ouvrir aux frais généraux un compte spécial pour y faire face ; c'est ce qui se passe dans la plupart des entreprises bien administrées. Il est fort à présumer que s'il n'y avait eu que

cette diminution du capital engagé dans une industrie ou un commerce, l'amortissement n'aurait pas pris tant d'importance et n'aurait pas fini par préoccuper le monde savant. Le danger que l'on cherche à éviter ou au moins à restreindre le plus possible, c'est la diminution si rapide et si considérable du capital social qu'on ne pourrait pas la compenser par un simple article inséré aux frais généraux. Dans ce que l'on peut appeler l'amortissement industriel, c'est une dépréciation relativement faible du capital social plutôt que sa diminution ou sa disparition proprement dite à laquelle il faut remédier. Il y a des différences très réelles et très saisissables entre les deux sortes d'amortissement.

Nous verrons que le capital-actions ne peut être amorti qu'avec des sommes provenant des bénéfices ; c'est un point admis par tout le monde et pour lequel il n'existe aucune difficulté ; il en est autrement pour l'amortissement-industriel ; prenons un exemple et supposons une société fondée pour exploiter une minoterie. Les fonds réunis au début de la constitution de la société n'ont pas été complètement employés pour la construction de l'usine en question ; les affaires ne vont pas trop mal, et les sociétaires se partagent des dividendes assez importants. Cependant, au bout d'un certain temps on estime qu'il faut remplacer une partie du matériel ou réparer certaines constructions qui menacent de s'écrouler par suite de l'ébranlement occasionné par le moteur : il s'agit

bien là de l'amortissement industriel tel que le définissent certains auteurs, et entre autres M. Bouvier-Bangillon ; cependant, les sommes nécessaires à ces travaux peuvent être des sommes faisant partie du capital social et qui n'avaient pas encore été employées, tandis qu'il est absolument certain que ces mêmes sommes n'auraient pas pu être données aux actionnaires avec un titre d'action de jouissance en échange de leur action de capital.

Et même si ces sommes avaient été prélevées sur les recettes, déduction faite de ce qui était dû aux créanciers, on ne pourrait pas dire qu'elles représentent des bénéfices ; au contraire, si ces sommes avaient servi à amortir des actions, il y aurait eu véritablement pour les actionnaires bénéfices. Et c'est ce qui ressort très clairement de ce passage de la thèse de M. Morel (page 18) : « Si, en effet, l'amortissement industriel nécessite les « 50 % de la valeur du capital primitif, en deux ans ce « capital primitif se sera entièrement renouvelé, mais « cela n'implique pas que la société ait fait un bénéfice. « Si c'est, au contraire, l'amortissement des actions qui « a employé une somme égale à 50 % de la valeur du « capital social, en deux ans les actionnaires seront ren- « trés dans leurs mises et ils seront évidemment en béné- « fice. » La confusion que fait M. Bouvier-Bangillon le mène à donner une idée fausse de l'amortissement des actions : il nous dit qu'on veut maintenir intact le montant du capital en diminuant le nombre des ayants

droit (1): c'est là quelque chose qui me paraît inexact ; on ne veut pas diminuer le nombre des ayants droit, car les actionnaires amortis conservent leur droit sur le capital social à la liquidation de la société ; et cela est surtout remarquable dans le cas où toutes les actions ont été amorties. Terminons en disant que l'amortissement industriel a pour but de maintenir la valeur primitive du capital social et particulièrement du capital-matériel, tandis que l'amortissement des actions est destiné à constituer au moyen de prélèvements sur les bénéfices un nouveau capital. Si l'idée d'amortissement peut se rencontrer dans toutes les sociétés, car toutes sont exposées à voir leur fonds disparaître, soit tout d'un coup, soit peu à peu, il en est une catégorie dans laquelle cette institution doit se retrouver plus spécialement, ce sont les sociétés constituées pour exploiter une concession qui, au bout d'un certain laps de temps, doit faire retour à l'autorité concédante, soit à titre purement gratuit, soit pour une somme bien moindre que celle qu'ont nécessitée les frais d'établissement ; parmi ce genre de sociétés les plus connues sont les compagnies de chemins de fer.

(1) Article de M Bouvier-Bangillon dans le Journal des Sociétés (1906, 4, 148) : « Quel est en effet le but de l'amortissement ? Le » capital social s'use (usine, etc.) ; il faut que sa contre-partie, le » capital-actions s'use aussi ; sans cela, à la dissolution de la société, » les actionnaires risqueraient de ne pas rentrer dans leur apport. » On y arrive par l'amortissement ; mais alors il faut nécessairement, » sans quoi le but de l'amortissement serait manqué, qu'à la suite » de cette opération le nombre des ayants droit à la répartition du » capital soit diminué ».

L'histoire nous montre que ce sont elles qui ont inauguré l'amortissement vers le milieu du XIX[e] siècle. En effet, le capital de ces sociétés est employé pour mettre la concession en état d'être exploitée et doit faire gratuitement retour à l'Etat ; il est donc définitivement perdu pour ceux qui l'ont constitué. Ceux-ci, en supposant qu'ils aient placé toute leur fortune dans une entreprise de ce genre, vont par conséquent à un moment donné se trouver plongés dans la misère, après avoir joui pendant longtemps d'une honnête aisance, car l'exploitation de ces concessions donne souvent des bénéfices assez importants dont du reste un minimum est fréquemment garanti par l'Etat. Et ils ne peuvent s'en prendre à personne, car ils savaient parfaitement ce qui les attendait. Sans doute, s'ils avaient été économes, au lieu de dépenser tous leurs revenus, ils en auraient conservé une partie pour se constituer un nouveau capital, mais cette ligne de conduite fort sage, tous n'ont pas le courage de la suivre. C'est pour cela que les rédacteurs des statuts ont résolu de faire ce que chaque capitaliste devrait faire lui-même, et ainsi l'amortissement fut imaginé. Somme toute, il y a dans cette institution quelque chose qui rappelle les contrats d'assurance sur la vie. Etant donnés les avantages très considérables qu'il présente, avantages qui se retrouvent dans toutes espèces de sociétés, l'amortissement est entré dans nos mœurs et y entre de plus en plus. Nous avons vu qu'on a voulu spécialiser une partie des bénéfices, nous allons à présent examiner quels

sont les divers moyens entre lesquels on peut choisir pour arriver à ce résultat. Le moyen le plus simple, évidemment, était de laisser chaque associé agir à sa guise et faire ses économies comme il l'entendrait, en se contentant de lui faire remarquer qu'il risquait ou même était certain de ne pas retrouver son capital primitif. Ce moyen, qui est à la base de tous les autres, ne donnerait que des résultats nuls dans la pratique : car la plupart des actionnaires, pour des raisons fort faciles à comprendre, n'auraient pas le courage ou même la possibilité de tenir compte des remarques à eux faites.

M. Morel, auquel nous empruntons ce passage, nous indique d'autres procédés. On pourrait prélever sur les bénéfices, chaque année, et mettre de côté dans la caisse de la société, une certaine somme calculée suivant la diminution du capital social, diminution que l'on connaît exactement dans les sociétés concessionnaires.

Mais que d'inconvénients à ce système : ces sommes vont-elles être immobilisées ? Les associés vont y perdre, car c'est leur argent que l'on va ainsi rendre improductif pendant une durée fort longue et qu'ils ne pourront utiliser d'aucune manière. Va-t-on, pour remédier à cela, placer ces sommes dans d'autres entreprises ? Mais elles risquent alors de disparaître, et le but proposé ne sera pas atteint. Dans l'un et l'autre cas, la responsabilité des administrateurs sera écrasante ; en outre, à la liquidation de la société, lorsqu'on rendra aux actionnaires les apports qu'ils avaient faits, on mettra des capitaux énor-

mes à la merci de tous les monteurs d'affaires louches qui ne cherchent qu'à exploiter la crédulité publique.

Il n'y a plus alors que deux systèmes qui soient praticables.

Le premier consiste à distribuer toutes les années, en dehors des dividendes proprement dits, une certaine somme à tous les actionnaires, en leur faisant remarquer qu'elle devra servir à reconstituer leur apport ; ce système présente à peu de chose près les mêmes inconvénients que le premier que nous avons signalé ; cependant, on l'a amélioré et utilisé en espaçant les distributions en question, de sorte que la somme donnée ainsi chaque fois est un peu plus conséquente et risque moins d'être consommée avec le reste des bénéfices.

Ce n'est cependant pas encore la perfection ; et c'est un autre procédé que l'on trouve plus généralement employé dans les sociétés. Toutes les années, ou du moins chaque fois que cela se peut, on désigne par un tirage au sort un certain nombre d'actions, et on verse à leurs titulaires une somme égale ou sensiblement égale, tantôt un peu supérieure, tantôt un peu inférieure, cela dépend des statuts de chaque société, à la valeur nominale de ces actions. C'est surtout avec cette méthode que l'amortissement présente tous les avantages qui ont assuré son succès. Lorsque le titulaire de l'action sortie au tirage a remis contre la somme convenue son titre primitif, il n'en continue pas moins à faire partie de la société et à rester actionnaire, seulement sa situation est un peu changée :

par une juste compensation de l'avantage que lui a procuré le hasard, les droits qu'il avait en vertu du pacte social sont un peu diminués et, pour établir, constater ces modifications, on lui donne un titre nouveau appelé peut-être pas très exactement du reste, action de jouissance. Avant d'entrer dans l'examen de ces droits, commençons par indiquer d'une manière générale les avantages qu'il y a pour le titulaire d'une action à voir celle-ci désignée au tirage au sort, avantages très réels, quoique M. Valéry ait l'air de laisser entendre le contraire. (*Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, année 1906, n° de janvier-février, p. 44.)

Ceux dont une action a été ainsi désignée au tirage au sort, peut-être très peu de temps après avoir réalisé leurs apports, vont toucher une grosse somme : que représente cette somme? Est-ce le remboursement de leurs apports, le rachat de leurs actions, leur part dans le partage futur, quelque chose comme un avancement d'hoirie, ou bien une partie importante des bénéfices, quelque chose comme un bloc de dividendes? Cela nous importe peu pour le moment, car quoi qu'il en soit, ce qu'il y a de certain c'est que notre individu va pouvoir utiliser tout de suite cet argent qui pourra lui rapporter tout au moins un intérêt raisonnable et même de gros bénéfices s'il en fait un bon placement tandis que si la même somme lui avait été donnée petit à petit il y aurait eu de grandes chances qu'il la gaspille et en tout

cas il lui aurait fallu attendre plus longtemps. Comme il est toujours actionnaire, il continue à participer aux bénéfices distribués sous forme de dividendes ; sans doute, dans la plupart des sociétés les autres associés touchent de plus que lui un intérêt fixe ; mais ce n'est qu'une légère compensation à l'avantage très grand qui résulte de l'amortissement, sans compter qu'il est des sociétés où cette différence ne se retrouve pas ; enfin à la dissolution de la société il pourra encore toucher une partie du capital social, sans doute sa part sera probablement inférieure à celle de ceux dont les actions n'ont pas été amorties, mais il se peut qu'il touche exactement la même somme que ses co-associés, il n'y a qu'à supposer que le capital-actions a été complètement amorti. Enfin il y a une hypothèse où l'amortissement procure à ceux qui en ont bénéficié, une situation vraiment privilégiée, c'est celle d'une société qui après une période de prospérité commence à décliner en sorte qu'il n'y a plus annuellement aucun bénéfice à distribuer sous quelque forme que ce soit, et qu'à la fin de la société le capital social se trouve réduit à zéro ou à peu près : dans ces conditions, ceux dont les actions ont été amorties ont touché une somme dont la plus grande partie aurait dû revenir à leurs co-associés s'il n'y avait pas eu amortissement, puisque cette somme prélevée sur les bénéfices aurait été distribuée également entre tous comme dividendes. Par conséquent, on comprend très bien qu'en échange de tous ces avantages, l'amortissement de l'ac-

tion entraîne pour celui qui en profite certaines infériorités qui en sont la très légitime contre-partie, infériorités qui peuvent s'atténuer jusqu'à disparaître suivant les cas et suivant les statuts des sociétés.

Il y a dans cette théorie de l'amortissement des actions un point d'une importance capitale, qu'il ne faudra jamais perdre de vue surtout lorsque nous étudierons les divers systèmes qui ont été échaffaudés ainsi que leurs conséquences et que nous chercherons à fixer notre opinion.

Du reste, tout le monde est d'accord sur ce point : l'amortissement des actions se fait et ne peut se faire qu'au moyen des bénéfices ; autrement dit le capital social n'est pas et ne doit pas être diminué par le fait de l'amortissement, car il résulte de la loi de 1867 (articles 55-56-57-61), que le montant du capital social doit être indiqué dans les statuts et publié conformément aux dispositions de cette loi et qu'il ne doit pas être diminué sans une publication nouvelle, et par conséquent qu'il ne peut pas être restitué aux actionnaires. Cela est absolument certain, il faut qu'il en soit ainsi sinon la loi serait violée ; tous les auteurs en conviennent quelque soit la nature juridique qu'ils attribuent à l'amortissement, c'est ce qu'à plusieurs reprises, nous dit M. Valéry dans son article publié dans la *Revue Générale* (page 131) : « Il est certain d'ailleurs, et c'est ce que les « statuts décident toujours pour respecter cette exi- « gence du législateur, que l'amortissement ne peut être

« effectué qu'à l'aide des bénéfices ». Et à la page 130 : « Son crédit (celui de la société qui pratique l'amor- « tissement) n'a pas à souffrir de cette mesure, qui par « hypothèse ne peut se réaliser qu'au moyen des béné- « fices nets sans porter atteinte au capital annoncé ». M. Bouvier-Bangillon nous dit aussi, dans le *Journal des Sociétés* (n° du mois d'avril 1906) : « On ne peut « concilier cette restitution de l'apport ou ce rembour- « sement avec le principe du maintien du capital social ». Et il ajoute dans la *Revue Générale du Droit* (année 1906, septembre-octobre, page 406) : « L'amortissement est « supposé fait, et doit se faire avec des bénéfices..., il « est donc exact de dire qu'il n'y a pas diminution du « capital annoncé par les statuts et leur publication et « qui constitue la garantie des tiers ». Quant à MM. Thaller, Maria et Morel, il est même inutile d'en parler car toute leur théorie a pour point de départ cette idée. Dans la pratique, les statuts de toutes les sociétés observent ce principe, ainsi que nous l'a fait remarquer M. Valéry lui-même. M. Morel (pages 35 et s.) réfute une objection tirée de ce qui se passe pour les intérêts : il est stipulé parfois dans les statuts qu'il sera distribué aux actionnaires les intérêts de leur mise avant même que la société ait commencé à fonctionner, par conséquent avant tous bénéfices ; cette clause est certainement valable car elle n'est nullement contraire à la règle dont nous avons parlé plus haut ; en effet, les intérêts font partie des frais généraux que le capital peut très

bien supporter, à condition que la clause des statuts autorisant ce paiement des intérêts soit dûment publiée comme tout le reste du contrat social, et que lorsque la société aura commencé à fonctionner on prélève sur les bénéfices une partie suffisante pour remettre dans la caisse sociale ce qui en avait été retiré pour les intérêts; l'amortissement, au contraire, est la constitution d'un capital nouveau destiné à remplacer un capital ancien qui diminue peu à peu, or il serait absurde « de prélever « sur un capital qui diminue de valeur chaque jour les « sommes nécessaires à le reconstituer, on ne ferait « que hâter sa disparition. Il faut que les sommes néces- « saires à cette reconstitution soient prises autre part et « on ne peut les prendre que sur les bénéfices » (M. Morel, p. 36). On pourrait aussi faire remarquer qu'il est d'une très grande utilité de distribuer des intérêts, car sans cela les capitalistes n'oseraient pas adhérer à des sociétés dont la période d'organisation menace de durer parfois plusieurs années, or ces sociétés sont très nombreuses depuis le développement des compagnies créées pour aller chercher l'énergie électrique dans les montagnes et la conduire dans les centres industriels éloignés parfois de plusieurs centaines de kilomètres : en effet, sans cela ils se priveraient de leurs revenus pendant une durée de temps peut être assez longue. L'amortissement, au contraire, malgré tous les avantages qu'il peut présenter n'est pas aussi indispensable et les actionnaires peuvent fort bien attendre quelques années avant

que l'on commence à y procéder. Si cette difficulté n'est pas embarrassante, il en est une autre au contraire qui va donner lieu à de grandes discussions : elle est relative à la question de savoir ce qu'il faut entendre par bénéfices. Cette question présente un intérêt très grand à propos des sociétés concessionnaires. Peut-on regarder comme des bénéfices dont les actionnaires ont la complète disposition tous les produits de l'entreprise, déduction faite, naturellement, des sommes nécessaires au paiement des dettes échues et à la constitution d'une réserve telle que l'exige l'article 36 de la loi de 1867 ; ou bien faut-il au contraire tenir compte de la diminution progressive du capital et la compenser par des prélèvements opérés sur les recettes ? Il y a là une question aussi importante qu'intéressante, mais fort délicate et à laquelle il y a lieu de consacrer une partie spéciale. Maintenant que nous savons qu'il ne peut être procédé à l'amortissement qu'avec des fonds provenant des bénéfices, il nous faut passer en revue les divers modes de prélèvements des bénéfices dans les sociétés qui pratiquent l'amortissement. Ici encore le travail nous est grandement facilité par M. Morel et il suffit de résumer les pages 37 à 47 de sa thèse.

Il y a le prélèvement fixe annuel qui peut affecter deux formes différentes : tantôt il est dit dans les statuts qu'il sera apporté à l'amortissement une somme fixe, comme exemple on peut citer la société hâvraise d'énergie électrique qui affecte annuellement 50.000 francs à

l'amortissement ; tantôt au contraire le prélèvement se fera sur le revenu de chaque action, ainsi la compagnie du chemin de fer de Dakar à Saint-Louis et la compagnie du chemin de fer de Bône à Guelma où il est prélevé 0 fr. 40 par action sur le revenu annuel garanti par l'Etat. Un autre système plus répandu dans la pratique, consiste à décider que l'on prélèvera chaque année un tant pour cent sur les bénéfices ; suivant les sociétés c'est un chiffre fixe ou bien un minimum que l'assemblée générale pourra augmenter suivant les circonstances, tantôt ce prélèvement se fait sur les bénéfices nets, tantôt on fait passer avant lui d'autres prélèvements. Mais, le plus souvent les statuts décident : « qu'on devra cal-« culer le prélèvement de telle sorte que l'amortissement « des actions se trouve terminé à l'expiration du con-« trat de société » ; cette clause qui est de beaucoup la plus fréquente se comprend surtout dans les sociétés concessionnaires parce que souvent l'autorité concédante garantit aux actionnaires un intérêt minimum ce qui fait qu'on a une base solide pour faire ces calculs et arriver à l'amortissement complet des actions à la fin de la société, ou même quelques années avant, en général cinq ans : M. Morel nous cite une longue liste de sociétés opérant ainsi. Il y a certaines particularités à signaler pour les grandes compagnies de chemins de fer : « Elles prélèvent chaque année sur les bénéfices une « somme qui est toujours la même et qui se compose « de deux éléments, une partie est destinée à payer l'in-

« térêt annuel fixe dû à toutes les actions, l'autre partie « sert à amortir un certain nombre d'actions. On a décidé « que les actions amorties n'auraient plus droit à cet « intérêt fixe, la part qui devait leur revenir ira grossir « la somme qui sert à amortir les actions ; mais la « somme totale sera toujours la même sur les registres « de la compagnie et figurera toujours pour le même « chiffre dans les inventaires annuels. Cette somme a, « en effet, été calculée de telle sorte que cette capitalisa- « tion continue des intérêts afférents aux actions de « jouissance qui ne leur seront pas payées jointe à la « première somme affectée dès l'origine à l'amortisse- « ment permet d'amortir la totalité des actions de capi- « tal dans les délais voulus (1) ». Et à l'appui de ces explications, M. Morel cite un exemple, il nous donne le tableau de l'amortissement de la compagnie de chemins de fer de Paris à Orléans.

Jusqu'à présent nous avons vu que les statuts prenaient eux-mêmes la peine de réglementer les conditions et les époques des prélèvements et de l'amortissement, mais ils pourraient très bien s'en remettre à la sagesse du conseil d'administration, ou de l'assemblée générale des actionnaires ; c'est ce que l'on voit dans plusieurs sociétés, il en est même où l'assemblée générale a le pouvoir de décider que la portion des bénéfices qui devrait être répartie à titre de dividende pourra être en

(1) Thèse de M. Morel, page 42.

totalité ou en partie affectée à l'amortissement. Enfin, il faut dire que dans certaines sociétés tous les bénéfices nets sont affectés à l'amortissement, ainsi la Société générale de Dynamite et de Produits chimiques, la Société Franco-Russe de produits chimiques et d'explosifs, la Société de la Tour Eiffel; cette dernière ainsi que la première du reste, a complètement amorti son capital social.

Une fois les fonds nécessaires à l'amortissement réunis, comment va-t-on les distribuer? Autrement dit comment se fait l'amortissement? Nous nous en sommes déjà occupé et je me contenterai de rappeler que les modes les plus répandus consistent à désigner un certain nombre d'actions au moyen d'un tirage au sort et à verser à leurs titulaires une somme généralement égale à la valeur nominale des titres, il y a cependant certaines sociétés où cette somme est inférieure, et d'autres au contraire où elle est supérieure. Rappelons qu'en second lieu vient l'amortissement partiel et égal pour toutes les actions ou une série d'actions, et qu'enfin il y a un troisième système excessivement rare et dont M. Morel nous cite un exemple, celui de la société concessionnaire de l'appontement public d'Aurillac et qui consiste à garder les fonds destinés à l'amortissement dans la caisse de la société jusqu'à sa dissolution et à les distribuer à ce moment aux actionnaires.

Les fonds réunis et versés aux actionnaires ayants droit, que va-t-il se passer? Pour les deux derniers sys-

tèmes, pas de difficultés, car tous les actionnaires sont traités de la même manière, et les choses continuent à se passer normalement comme s'il n'y avait pas d'amortissement. Mais avec le système du tirage au sort il n'en est plus de même ; il y a d'autant plus de difficulté que pendant très longtemps et même encore actuellement, dans la pratique l'amortissement des actions s'est analysé en un remboursement. Les actions sorties au tirage étant remboursées, il semblerait alors tout naturel de dire que leurs titulaires étaient exclus de la société et par conséquent n'y avaient plus aucun droit ; mais, comme nous l'avons déjà dit, il n'en est pas ainsi ; les actionnaires amortis continuent à faire partie de la société et reçoivent pour constater leurs droits un nouveau titre appelé action de jouissance. Il y a là, semble-t-il, une contradiction, mais peu importe pour le moment; quoi qu'il en soit, c'est un fait que nous n'avons qu'à constater et à préciser.

Le porteur d'une action de jouissance continue à avoir des droits dans la société ; quels sont ces droits ? Pour les déterminer, nous n'avons qu'à passer en revue les statuts des diverses sociétés ; cependant, il y en a certains qui n'ont jamais été prévus et cela a fait naître des discussions que nous retrouverons plus tard ; pour le moment, passons en revue les droits incontestés.

D'abord quels sont les droits essentiels des actionnaires ayant encore leur action de capital ? Il suffit d'ouvrir n'importe quel traité élémentaire de droit commer-

cial (MM. Thaller, Lyon-Caen et Renault, M. Bouvier-Bangillon) pour voir que ces droits sont au nombre de quatre :

1° Droit de participer aux distributions de bénéfices nets ;

2° Droit au partage de l'actif social à la dissolution de la société ;

3° Droit de participer aux assemblées générales ;

4° Droit de céder librement son titre à des tiers.

Ces quatre droits que les auteurs nous représentent comme essentiels sont-ils aussi l'apanage des actions de jouissance ? Il en est deux pour lesquels il ne saurait exister de doute : ce sont les droits de participer au partage de l'actif social à la fin de la société et celui de céder librement son titre. Pour le droit d'assister aux assemblées générales, il faut aussi le reconnaître aux porteurs d'actions de jouissance ; en effet, sans cela on ne pourrait pas se conformer aux prescriptions de la loi de 1867 qui exige d'une part qu'il soit tenu des assemblées générales et d'autre part que les actionnaires qui y assistent représentent une portion minima du capital social (articles 27, 29 et 31 de la loi de 1867) ; par conséquent si on refuse ce droit aux actions de jouissance on va se trouver dans une impasse lorsque toutes les actions ou presque toutes auront été amorties, ce qui a fait que M. Thaller dans son *Traité de Droit commercial*, n° 594 (édition 1900) a pu écrire avec raison : « Les porteurs d'actions « de jouissance font partie de l'assemblée générale avec

« le même droit de vote que les porteurs d'actions de « capital. C'est ce que l'on admettra lorsque les statuts « l'auront décidé de la sorte, et même lorsqu'ils n'au- « ront rien décidé du tout. Autrement le personnel des « votants irait chaque année décroissant au point de « rendre la tenue d'une assemblée générale impossible « aux approches du terme de la concession ». Du reste, M. Houpin qui se prononce très catégoriquement en faveur de l'idée de remboursement soit dans son *Traité des Sociétés*, soit dans le *Journal des Sociétés*, dont il est le rédacteur en chef, est formellement d'avis que les actions de jouissance donnent le droit d'assister aux assemblées générales. M. Bouvier-Bangillon accorde aussi ce droit aux actionnaires amortis. Il en est de même de M. Valéry.

Quant au droit aux bénéfices, la meilleure preuve qu'il subsiste c'est que les statuts d'un grand nombre de sociétés prennent la peine de le limiter.

Voici comment se passent généralement les choses : sur les bénéfices nets, on commence par prélever une certaine somme destinée à payer aux titulaires d'actions de capital l'intérêt de leur mise, trois, quatre, cinq pour cent, cela dépend des sociétés ; et ce n'est que le restant qui se partage également entre tous indistinctement. Il faut s'empresser d'ajouter que cette différence entre les deux espèces d'actions ne s'impose pas et qu'il y a des sociétés où les unes et les autres donnent droit à la même somme, intérêts et dividendes, et qu'il y en a d'autres

où si les porteurs d'actions de jouissance ne touchent pas l'intérêt de la mise, ils en profitent cependant indirectement car il est versé à la masse servant à l'amortissement de sorte que celui-ci va plus vite, et que l'on atteindra plutôt le moment où l'égalité sera rétablie entre actionnaires. On peut donc dire que cette différence, dans les sociétés où elle existe, est une différence superficielle qui n'empêche pas les porteurs d'actions de jouissance d'avoir en principe sur les bénéfices le même droit que les autres actionnaires: ce sont ces derniers qui reçoivent quelque chose en plus pour les dédommager de ne pas avoir touché la même somme que les premiers. Il n'y a là rien d'étonnant ni de choquant car il a été admis de tout temps que certains actionnaires peuvent être mieux traités que d'autres, et si la légitimité des actions de priorité a pu être discutée, elle n'a jamais fait de doute sérieux pour le plus grand nombre des auteurs ; en tout cas il n'y a même plus de discussions possibles depuis la loi de 1902 et surtout celle de 1903 (16 novembre) qui nous dit : « Toute société par actions peut en délibération de « l'assemblée générale constituée dans les conditions « prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, « créer des actions de priorité, *jouissant de certains « avantages* sur les autres actions, conférant des droits « d'antériorité soit sur les bénéfices, soit sur l'actif « social, soit sur les deux, si les statuts n'interdisent « point, par une prohibition directe et expresse, la créa- « tion d'actions de cette nature ». Du reste, cette diffé-

rence entre actions de capital et actions de jouissance peut dans certains cas s'atténuer et même disparaître. Ainsi lorsque la société fait d'excellentes affaires et distribue des dividendes énormes, l'intérêt versé exclusivement aux actions de capital représente relativement bien peu de chose ; ou bien lorsque la société ne marche pas, ni les uns ni les autres ne touchent quoi que ce soit, ce qui est encore le rétablissement de l'égalité. Quoi qu'il en soit ce sont encore les porteurs d'actions de jouissance qui sont les plus avantagés, même si l'on tient compte qu'à la liquidation de la société ils devront d'abord laisser les titulaires d'actions non amorties prendre sur le capital social restant le montant de la valeur de leurs titres, et qu'ensuite ils devront partager le reliquat, s'il y en a un, entre eux et les autres. Tous ces petits inconvénients, toutes ces légères infériorités ne sont rien à côté des avantages qui résultent du fait de toucher, peut-être peu de temps après avoir réalisé leurs apports, une somme d'argent égale ou peut-être même supérieure à la valeur de leur action, et dont ils ont pu faire un bon placement ; il y a en outre la satisfaction de voir définitivement à l'abri le montant de leur capital qui, quelque sûr et prospère que soit l'entreprise où il est placé, n'est cependant jamais à l'abri d'une catastrophe.

Quoi qu'il en soit de ces légères différences, elles n'empêchent pas que tous les actionnaires y compris ceux qui ont été amortis aient en principe les mêmes droits, et qu'il n'y ait absolument rien à dire contre la légitimité

de cette institution, qui d'ailleurs se trouve avoir été définitivement consacrée par le législateur de 1903 en même temps que les actions de priorité : et puisqu'il y a entre les actions de jouissance et les actions de capital un rapport analogue à celui qui existe entre les actions de priorité et les actions ordinaires on peut leur appliquer le troisième alinéa du nouvel article 34 : « Sauf « dispositions contraires des statuts, les actions de prio- « rité et les autres actions ont dans les assemblées un « droit de vote égal ». Ainsi se trouve confirmé par la loi elle-même ce que disait M. Thaller.

Fidèles à la méthode que nous avons indiquée, nous venons de faire passer sous les yeux du lecteur l'origine rationnelle et historique de l'amortissement des actions; les diverses manières dont il fonctionne dans la pratique, les conséquences qui en découlent, du moins celles qui sont admises incontestablement par tous, quant à celles qui ont soulevé des difficultés nous nous en occuperons plus loin.

Avant de terminer cette deuxième partie, il nous faut, pour mettre complètement en lumière l'amortissement des actions et ne laisser planer aucun doute, parler brièvement de l'amortissement des obligations et des bons d'amortissement. Pour les obligations la question se trouve traitée dans l'ouvrage de Droit commercial de M. Thaller, n° 588.

Cet auteur nous y indique les différences qu'il y a entre l'amortissement des obligations et celui des actions.

1° Ce dernier ne donne pas droit à une prime de remboursement, les actions n'ont pas été émises au-dessous de leur taux nominal.

Ceci n'est peut-être pas très exact, car nous avons vu que dans certaines sociétés on donne à l'actionnaire dont le titre a été désigné au tirage au sort une somme supérieure à sa valeur nominale, cette différence peut être considérée comme constituant une prime d'amortissement ; citons comme exemples de sociétés où il en est ainsi : la Compagnie des Tramways de Rouen où les actions émises à 500 francs seront remboursées à 600 francs, la Compagnie du Chemin de fer de Dakar à Saint-Louis qui a émis ses actions à 500 francs et qui les rembourse à 650, la Compagnie du Chemin de fer de l'Ouest Algérien et un certain nombre d'autres qui ont émis leurs actions à 500 francs et qui les remboursent à 600 (thèse de M. Morel, page 93).

Si M. Morel parle de *remboursement*, c'est qu'il reproduit les statuts des sociétés, mais pour nous qui n'avons pas encore abordé les discussions théoriques, nous faisons les réserves nécessaires sur l'emploi de ce mot, du reste on comprendrait aussi bien le sens de ces diverses phrases en substituant le mot *amortir* au mot *rembourser*.

2° Seconde différence indiquée par M. Thaller :

« Tandis que l'obligataire dont le titre est remboursé « n'a plus aucun lien avec le siège social, l'actionnaire « ne sort pas de la société. Il reçoit à la place de son

« ancienne action dite de capital ou de propriété une « action nouvelle dite action de jouissance... »

3° Quant à la troisième différence, M. Thaller nous dit qu'elle n'est pas absolue et qu'il y a des sociétés où elle ne se rencontre pas ; cette restriction résulte de son opinion sur l'amortissement dans les sociétés concessionnaires ; mais pour nous qui ne partagerons pas ses idées sur ce point, nous disons que cette différence doit se retrouver partout et qu'elle est même la principale, celle qui distingue bien nettement l'amortissement des actions de celui des obligations. Cette différence tient du reste à la nature même des deux sortes de titres. Les actionnaires peuvent être comparés à des individus quelconques ayant la libre disposition de leurs biens mais devant cependant commencer par payer leurs créanciers, et la maxime « *Nemo liberalis nisi liberatus* » est fort juste surtout lorsqu'il s'agit de largesses envers soi-même comme dans notre hypothèse. Et, par conséquent, tandis que les actionnaires ne peuvent songer à l'amortissement de leurs actions que s'il y a des bénéfices, les obligations pourront être amorties avec des fonds tirés du capital social lui-même car l'amortissement des obligations n'est que le remboursement à des créanciers de l'argent qu'ils ont prêté. Et c'est là semble-t-il ce qui donne à chacun de ces titres leur physionomie particulière et distincte.

Disons maintenant un mot des bons d'amortissement. C'est au supplément du *Répertoire* de Dalloz, v° Socié-

tés, n° 884, que nous trouvons des renseignements sur cette espèce particulière de titres.

Ce sont surtout les sociétés d'assurance sur la vie et les sociétés de capitalisation qui ont émis des bons d'amortissement.

Ceux-ci donnent droit à un intérêt fixe et au remboursement au pair suivant un tableau d'amortissement transcrit sur les titres, mais seulement dans le cas où les bénéfices nets de la compagnie suffiraient à parfaire l'annuité représentative des intérêts et de l'amortissement des bons émis ; en cas d'insuffisance des bénéfices nets, le solde non amorti et ses intérêts sont reportés de droit aux exercices suivants et prélevés en plus des sommes afférentes à ces années, si les bénéfices nets des dites années permettent ce prélèvement cumulatif ; mais en aucun cas les porteurs de bons ne sauraient prétendre au remboursement, à l'expiration de la société, sur le fonds social en cas d'insuffisance des bénéfices révélés par la liquidation pour couvrir l'amortissement. Les titres dont les caractères généraux viennent d'être ainsi déterminés ne doivent pas être considérés comme des actions puisque les annuités représentant l'intérêt et l'amortissement desdits titres doivent être prélevées sur les bénéfices avant tout prélèvement d'intérêts ou de dividendes des actionnaires. Cette raison ne me semble pas bonne du tout ; en effet, on pourrait dire qu'il y a là tout simplement une action de priorité et nous verrons que c'est ce que dit Dalloz ; mais il y a une excellente rai-

son pour refuser à ces titres la nature d'actions, c'est qu'ils ne donnent droit qu'au bénéfice net et qu'ils ne donnent à l'expiration de la société aucun droit sur le capital social ; or, nous avons vu avec M. Thaller et tous les auteurs de droit commercial que le droit au partage du capital social est un des droits essentiels de l'actionnaire. On ne peut pas non plus considérer ces titres comme des obligations puisque les obligations ont droit à l'intérêt et à l'amortissement, à tout événement même si la société est en perte, tandis que le paiement des intérêts et l'amortissement des bons sont subordonnés à l'existence de bénéfices. On ne peut pas davantage les considérer comme des parts bénéficiaires ou de fondateurs, puisque les porteurs de bons sont payés avant tout prélèvement même d'intérêts au profit des actionnaires, j'ajouterai que, contrairement aux parts de fondateurs, les bons d'amortissement n'ont été émis que moyennant finance.

Pour toutes ces raisons, le tribunal de commerce de Paris (7 décembre 1891) a décidé que les bons d'amortissement constituent des titres *sui generis* non réglementés par la loi, et que les droits qu'ils confèrent doivent s'apprécier exclusivement d'après les statuts de la société qui les a émis et les conditions particulières de fonctionnement de cette société. Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 10 août 1893, on peut trouver l'un et l'autre au *Journal des Sociétés* (1894, 1, 25).

Mais Dalloz ne se prononce pas dans le même sens que la jurisprudence ; il critique l'arrêt que nous venons de citer et ajoute : « Sans doute, ces bons ne sont ni des « obligations, ni des parts bénéficiaires, mais ils nous « paraissent réunir tous les caractères des actions de « priorité : le propre de ces actions est en effet de con- « férer au porteur, à l'instar des bons d'amortissement « dont s'agit, un droit de préférence opposable aux por- « teurs d'actions ordinaires ».

Nous avons déjà répondu à cela ; nous n'insisterons pas, laissant à d'autres le soin de faire un ouvrage spécial sur ce sujet et nous nous contenterons de faire remarquer que ces bons, qui ne donnent aucun droit sur le capital social, nous rappellent fort les actions des sociétés concessionnaires dont le capital social doit passer à titre gratuit où à peu près aux mains de l'autorité concédante, et que leur amortissement ne peut s'effectuer qu'avec des bénéfices comme du reste celui des actions dans toutes espèces de sociétés, du moins selon notre opinion, et que, par conséquent, pour les uns comme pour les autres, il nous semble bien difficile de parler de remboursement. C'est ce que nous allons maintenant essayer de démontrer dans les chapitres suivants.

CHAPITRE II

OPINION CLASSIQUE

Nous qualifierons avec M. Bouvier-Bangillon la première opinion dont nous aurons à nous occuper d'opinion classique, parce que c'est celle qui jusqu'à présent est la plus répandue non seulement parmi le grand public et même parmi les techniciens, les fondateurs de sociétés, mais encore, il faut bien l'avouer, parmi les auteurs qui, du reste, ne se sont jamais occupés particulièrement de notre question et se sont contentés de reproduire sans étude personnelle ce qu'ils voyaient écrit dans les statuts des sociétés : il ne faut faire une exception que pour M. Valéry qui dans un long article a pris la défense de l'idée de remboursement.

Nous avons dit, en faisant l'historique de notre sujet, que les organisateurs des compagnies de chemins de fer avaient été frappés par cette idée que si dans toute entreprise commerciale ou industrielle il est vrai que le capital engagé est grandement exposé à périr ou à diminuer dans des proportions très considérables, il l'est encore davantage dans les sociétés qui se créent pour

exploiter des concessions devant au bout d'un certain nombre d'années faire retour gratuitement à l'Etat.

Petits capitalistes et grands financiers, auxquels on allait s'adresser, n'allaient-ils pas être arrêtés par la perspective de ne plus retrouver leurs mises ; les placements à fonds perdus ne plaisent pas à tout le monde.

Pour éviter cet obstacle, ils annoncèrent, et cela leur était d'autant plus facile que l'Etat garantissait un minimum d'intérêts, qu'il n'y avait rien à craindre, que tous retrouveraient avant même la dissolution de la société leurs apports, que ceux-ci leur seraient *remboursés* à tour de rôle au fur et à mesure que les actions seraient désignées par un tirage au sort annuellement organisé à cet effet. Ce mot, qui comme l'a si spirituellement montré M. Morel devait produire un effet magique sur le public, était à lui seul un véritable système.

Ce système, était-il logique, se tenait-il debout ? Ou bien, au contraire, ne se heurtait-il pas à des contradictions ? C'est ce dont personne ne se préoccupa tout d'abord.

Du reste, le voici tel qu'il est exposé dans Dalloz (*Répertoire*, V° Sociétés, n° 1109, Supplément n° 859), dans l'ouvrage de MM. Lyon-Caen et Renault, tome II, n° 560, celui de M. Rousseau, et généralement tous les auteurs de Droit commercial, et en particulier M. Houpin (*Traité des Sociétés*, *Journal des Sociétés*).

L'actionnaire retrouve sa mise, celle-ci est désormais à l'abri ; nous verrons s'il en est toujours ainsi et à

quelles conditions. Du reste, c'est le but même que l'on s'est proposé en organisant cette institution, nous ne saurions trop attirer l'attention là-dessus, on verra plus tard l'importance capitale de cette réflexion. L'action étant remboursée à son titulaire, il semble alors que celui-ci ne devrait plus rien avoir à faire avec la société, qu'il devrait en être complètement exclu. Mais cela très probablement ne l'aurait pas satisfait, s'il consentait en effet à risquer son argent, ce n'était certainement pas pour se voir chasser de la société précisément lorsque celle-ci par hypothèse même serait en pleine prospérité. On aurait atteint un résultat diamétralement opposé à celui que l'on s'est proposé en organisant l'amortissement. On a dit alors : « Sans doute il y a remboursement « de l'action, mais il n'y a pas pour cela exclusion de la « société. » Ce sont les termes mêmes employés par Dalloz, qui ajoute : « Mais on leur donne en remplace- « ment des actions primitives d'autres actions dites « actions de jouissance, qui, à la vérité, *ne représentent « plus une part dans la propriété du capital social*, mais « qui leur donnent droit tant que dure la société à une « part des bénéfices et en outre lors de la liquidation qui « suivra sa dissolution, au partage des valeurs actives « qui resteront après remboursement complet des « actions de capital, si toutes n'avaient pas été antérieu- « rement amorties avant cette liquidation. »

MM. Lyon-Caen et Renault disent aussi : « Les action- « naires ainsi remboursés de leurs mises ne peuvent être

« privés de tout droit dans la société ; ils sont toujours « associés quoique leurs mises aient été rendues. »

La même idée résulte de nombreux passages de l'article de M. Valéry qui, du reste, finit par l'exprimer en termes exprès, page 133: « ... De même encore les action- « naires au profit de qui la société existe y conservent « tous leurs droits malgré le remboursement de leurs « actions... Les actionnaires, en apportant leur argent à « la société et en lui donnant ainsi naissance, ont stipulé « une certaine part dans tous les bénéfices que cette « entreprise pourrait procurer ; quoi qu'il advienne, ils « ont droit à cette part de bénéfices tant que la société « dure. Le remboursement qu'ils ont reçu ne modifie en « rien cette situation, car *il ne les exclue nullement de « la société.* »

On a donc décidé que malgré l'amortissement de son titre l'actionnaire continuerait à faire partie de la société, et que par conséquent il fallait lui conserver les droits essentiels de l'actionnaire tout en lui faisant subir cependant certaines infériorités ou plutôt en donnant certains avantages à ses co-associés, pour compenser la chance qu'ils avaient eu de toucher un des premiers la somme convenue. Et pour expliquer cela on a dit que l'actionnaire n'avait plus de droit de propriété dans la société, mais simplement la jouissance de ce droit. D'où l'expression d'action de jouissance. Cette théorie séduisante par son apparence de simplicité et par ses conséquences qui, du reste, ne diffèrent pas beaucoup de celles des

autres opinions, a trouvé un défenseur ardent dans la personne de M. Valéry.

Et cependant, à première vue, avant même d'entrer dans les détails, on sent qu'il y a là un manque de logique absolu qui arrête tout esprit non prévenu qui va au fond des choses. A l'amortissement des actions il ne peut être procédé qu'avec des fonds prélevés sur les bénéfices (c'est ce qui se passe dans toutes les sociétés, c'est ce qui est admis par tous les auteurs, comme nous l'avons vu ; du moins, laissons de côté pour le moment l'opinion de MM. Thaler et Maria sur les sociétés concessionnaires, on peut très bien discuter en négligeant cela ; du reste, ces auteurs se sont prononcés contre la thèse du remboursement), le capital social reste intact.

Par conséquent, si le capital social reste intact, il n'est pas atteint par le fait de l'amortissement; de cela encore tout le monde en convient et est bien obligé d'en convenir sous peine de se mettre franchement en désaccord avec l'article 57 de la loi de 1867 dont il résulte que le capital social, gage des créanciers, doit faire l'objet de la publicité organisée dans les articles 55 et 56 et ne peut être modifié directement par les associés, si ce n'est en se conformant aux prescriptions de l'article 61 ; et en présence de ces deux faits indéniables, en quelque sorte matériels, qui s'imposent à notre esprit et dont on ne peut pas ne pas tenir compte, comment peut-on admettre que le capital social est rendu aux actionnaires. Il y aurait là, semble-t-il, une véritable antinomie : en effet,

comment une chose peut-elle tout à la fois être et n'être pas ? Or, c'est ce qui résulterait de l'idée de remboursement : le capital social est dans la caisse de la société de par la loi même, les actionnaires n'ayant pas le droit de l'y prendre, et cependant il n'y est pas, puisqu'il est, à ce que l'on prétend, remboursé aux actionnaires. Et cette énormité est encore plus inadmissible si possible, en songeant que c'est avec une partie des bénéfices que l'on procède à l'amortissement, ce dont encore tout le monde est d'accord.

Cependant, M. Valéry a fait des prodiges d'esprit et d'ingéniosité pour défendre ce système. Examinons en détail son article.

Dans la première partie, parue dans le numéro de janvier-février 1906 de la *Revue du Droit*, M. Valéry expose et critique l'œuvre de M. Maria, c'est ce que l'on pourrait appeler la partie négative ; laissons la de côté pour le moment et étudions avec soin le chapitre où le professeur de Montpellier a exposé et défendu son système.

M. Valéry adopte d'une manière catégorique l'opinion classique ; en effet, la phrase qu'il a placée en tête du titre III ne diffère en rien de celles que l'on retrouve dans les ouvrages de MM. Lyon-Caen et Renault, Dalloz, etc. : « ... Elle opère ainsi le *remboursement* au porteur de ces « actions du *capital* qu'ils lui avaient apporté. » Cependant, M. Valéry semble avoir certaines idées qui le séparent nettement des auteurs classiques ; en tout cas, il a des phrases et des expressions qui ne cadrent pas très

bien avec leur théorie et laissent entrevoir un système particulier.

Remarquons d'abord que M. Valéry laisse complètement de côté le caractère d'usufruit, de jouissance qui, dans l'opinion classique, semble être attaché à l'action de jouissance. En remboursant l'actionnaire on annule son droit de propriété dans la société, mais on lui en conserve la jouissance ; il y a là un véritable démembrement du droit de l'actionnaire. Disons en passant que ce n'est pas très exact, puisque les actions amorties donnent droit à une part de capital à la liquidation de la société. En tout cas il y a là, semble-t-il, quelque chose d'assez remarquable pour que l'on prenne la peine d'y attirer l'attention si on adopte cette manière de voir ; or, ce n'est pas ce qu'a fait M. Valéry, qui dit à la page 133: « ... Il (l'amortissement) constitue seulement une répar- « tition anticipée de *partie des valeurs* au partage des- « quelles ils devront participer lors de la dissolution de « la société. » Il résulte de cette phrase qu'une partie des droits de l'actionnaire dans la société lui est restituée et que l'autre partie lui est conservée, mais y a-t-il vraiment un démembrement entre le droit plein et entier et sa jouissance, c'est ce qui ne ressort pas du tout de ce texte ; sans doute nous lisons bien à la page 135 : « La « personne qui touche cette somme est tenue de toutes « les obligations que sa situation d'usufruitière et d'ad- « ministratrice des biens d'autrui peut faire sur elle cha- « que fois qu'elle reçoit des valeurs présentant le carac-

« tère d'un capital » ; cette conséquence que l'auteur tire de sa doctrine peut bien faire songer au démembrement dont nous parlons, surtout si l'on se rappelle que M. Valéry considère ce qui reste à la fin de la société comme du bénéfice accumulé. Cependant, il faut avouer que c'est bien peu pour faire ressortir ce côté remarquable de la thèse du remboursement, et l'on peut se demander si M. Valéry a complètement adopté les idées de ses prédécesseurs ou s'il n'a pas tout simplement divisé les divers droits des actionnaires dont un certain nombre sont annulés et un certain nombre conservés sans distinction de nue propriété et de jouissance. C'est d'autant plus admissible qu'avec ce raisonnement on éviterait une petite objection que l'on peut ainsi formuler : si c'est la nue-propriété de l'actionnaire qui est annulée, et si la jouissance de son droit lui est conservée, pourquoi, dans un grand nombre de sociétés, les actions amorties ne touchent-elles plus l'intérêt fixe qui continue à être payé aux autres actions ? En effet, cet intérêt semble bien n'être que la jouissance du capital remboursé, autrement dit de la nue propriété reprise.

Mais tout cela est peu important et il est inutile d'y insister. Il y a une différence beaucoup plus profonde que nous signale M. Bouvier-Bangillon dans la même Revue (n° de septembre-octobre 1906, page 407) ; cette différence est telle que l'éminent professeur de la Faculté d'Aix se demande « si vraiment M. Valéry est un parti-« san de la théorie classique ou si, au contraire, sa théo-

« rie n'est pas absolument originale et digne à ce titre « d'une attention toute spéciale ». Ce qui caractérise très franchement le système de M. Valéry, c'est l'obligation éventuelle de rapport pesant sur les titulaires des actions amorties. Pour rétablir cette obligation, M. Valéry assimile l'amortissement de l'action à une sorte d'*avancement d'hoirie* qui obligera au rapport ceux qui en bénéficient, et il s'appuie « sur la disposition de l'article 1872 « du Code civil combinée avec celle de l'article 843, la « première assujettissant le partage des sociétés aux « mêmes règles que le partage des successions ; la seconde « imposant à tout copartageant l'obligation de rapporter « à la succession tout ce qu'il peut avoir reçu à titre « d'avancement d'hoirie ».

Nous laisserons la parole à M. Bouvier-Bangillon, qui a ruiné de fond en comble cette construction de son collègue de Montpellier (même Revue, n° de septembre-octobre) : « L'argument serait en forme si on admettait « que toutes les règles du partage des successions s'appliquent au partage des sociétés. Mais personne ne « donne cette force au renvoi fait par l'article 1872 ; on « reconnaît qu'il faut apporter certaines exceptions ; « d'un commun accord on refuse d'appliquer au partage « des sociétés les articles 841 et 792 du Code civil et il « y a discussion pour l'article 882 ; comment veut-on, « dans ces conditions, appliquer au partage des sociétés « l'article 843 ? Les termes mêmes du texte résistent ; « il me suffira de rappeler la distinction faite par la loi

« entre les libéralités en avancement d'hoirie et les libé-
« ralités préciputaires, le droit du successible de renoncer
« à la succession pour s'en tenir à la libéralité (art. 845
« C. c.), le droit pour le légataire ou pour le donataire
« par préciput de retenir la libéralité jusqu'à concur-
« rence de la quotité disponible (art. 484 C. c.). Mais il
« y a mieux : l'article 843 parle de dons et de legs ; il
« faudrait alors, pour pouvoir appliquer le texte, consi-
« dérer l'actionnaire amorti comme ayant reçu une libé-
« ralité par le jeu de l'amortissement. Cette conception
« ne peut se soutenir un seul instant : par le jeu de
« l'amortissement l'actionnaire ne s'enrichit pas ; il
« reçoit une somme capitale qui, additionnée avec la
« valeur du droit qui lui reste (action de jouissance), cor-
« respond à la valeur de son ancienne action de capital.
« Donc, il est inadmissible de parler d'avancement
« d'hoirie. »

Avant d'aller plus loin, je me permettrai une remarque : je suis absolument du même avis que M. Bouvier-Bangillon, lorsqu'il dit qu'on ne peut pas considérer l'actionnaire amorti comme ayant reçu une libéralité par le jeu de l'amortissement, mais j'estime que ce n'est pas pour la même raison que celle indiquée par M. Bouvier-Bangillon ; celui-ci nous dit que par le jeu de l'amortissement l'actionnaire ne s'enrichit pas ; or, j'ai déjà dit et je crois avoir démontré que l'amortissement procurait des avantages très sérieux et très réels à ceux qui en bénéficiaient ; mais ces avantages ne sont pas le moins

du monde une libéralité, ils résultent des clauses des statuts, c'est-à-dire des stipulations d'un contrat synallagmatique librement débattu entre les parties et parfaitement accepté par elles du moment qu'elles ont souscrit des actions. Reprenons maintenant notre citation : « Mais il y a une autre cause de rapport, il suffit de pen-« ser à l'article 829 du Code civil, sur le rapport des « dettes. Des arrêts ont très justement conclu de l'arti-« cle 1872 du Code civil que le rapport des dettes s'ap-« pliquait au partage des sociétés. Mais même à ce point « de vue on ne saurait imposer le rapport à l'actionnaire « amorti ; l'amortissement, en effet, le rend créancier et « non débiteur de la société. Le paiement de cette dette « par la société ne saurait intervertir les rôles, il n'est « créateur d'obligations que dans des cas exceptionnels « qui ne se rencontrent pas en l'espèce. » Après avoir ainsi combattu ce système construit sur l'idée d'avancement d'hoirie, M. Bouvier-Bangillon se demande si M. Valéry a bien eu en vue ce système, ou s'il n'a pas tout simplement voulu faire une comparaison ; en effet, on peut lire dans l'article de M. Valéry : « Je la conçois « (l'opération d'amortissement) *comme une sorte* d'avan-« cement d'hoirie. » Et M. Bouvier-Bangillon se demande « s'il ne faudrait pas s'attacher uniquement à « cette partie de la formule: l'amortissement « constitue « une opération anticipée de partage destinée à faciliter « le partage définitif de l'actif social. » La distribution « immédiate de ces fonds n'est autre chose qu'un par-

« tage partiel destiné à préparer et à faciliter le partage « définitif.

« Cette conception est non moins inadmissible que la « précédente ; sans insister longuement, je ferai les « remarques suivantes : il faudrait, pour pouvoir admet- « tre cette construction d'un partage partiel par le jeu « de l'amortissement, supposer que les actionnaires « amortis seront encore actionnaires de jouissance au « moment du partage de l'actif social, et c'est ce qui « pourra fort bien ne pas se produire, l'action de jouis- « sance étant un titre éminemment cessible. » On pourrait objecter que le titulaire d'une action de jouissance comme de n'importe quel autre titre ne fait qu'un avec celui auquel il la cède ; l'ayant cause prend la qualité et la place de son auteur ; mais M. Bouvier-Bangillon invoque une autre raison : « Mais il y a mieux, ajoute- « t-il, le partage est l'acte qui met fin à l'indivision ; il « faut donc supposer pour qu'il y ait partage, une indi- « vision ; or, tant que la société dure, il n'y a pas indi- « vision de l'actif social entre les actionnaires ; c'est la « société, être moral, qui est seule propriétaire.

« On ne peut m'objecter que les actionnaires se parta- « gent les bénéfices au cours de la société; la situation de « l'actionnaire vis-à-vis des bénéfices est profondément « différente. On ne peut voir, dans l'amortissement, un « partage sans rentrer dans le système de M. Thaller, « que j'ai dès le début repoussé avec M. Valéry.

« Ne pourrait-on pas au moins m'opposer ce qui se

« passe ou peut se passer lorsqu'une société réduit son « capital social. Un procédé de réduction du capital « social, lorsque ce capital appelé et versé est reconnu « trop important pour les opérations sociales, consiste « dans un remboursement ou dans des versements à tout « ou partie des actionnaires. N'y a-t-il pas là, peut-on « dire, un partage partiel du capital social, et pourtant la « société continue d'exister ? Je répondrai simplement « ceci : si l'augmentation du capital social est à consi- « dérer « comme une sorte de nouvelle constitution par- « tielle de la société » (Lyon-Caen et Renault, *Traité de « Droit commercial*, t. II, n° 870 *in fine*), ne peut-on pas « dire harmonieusement que la réduction du capital « social équivaut à une dissolution partielle de la « société ? »

Et M. Bouvier-Bangillon termine cet article en s'attaquant à l'obligation du rapport que M. Valéry fait peser sur les porteurs d'actions amorties non seulement vis-à-vis de leurs coassociés, mais encore des créanciers sociaux, lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions. « Cette obligation de rapport me paraît con- « duire à une singulière situation : soit une somme de « 500 francs, valeur nominale d'une action, l'actionnaire « amorti reçoit cette somme ; cette valeur va continuer « à courir les risques de la société qui a pratiqué l'amor- « tissement, et cependant comme l'actionnaire ne l'aura « pas gardée dans sa caisse, qu'il l'aura peut-être enga- « gée dans une autre opération commerciale, une seule

« et même valeur courra les aléas de deux entreprises à « la fois. Est-ce parfaitement rationnel ? Je sais bien « qu'on me répondra qu'il en est ainsi en matière de suc- « cession, le rapport des meubles se faisant en moins « prenant, mais je répondrai qu'en matière de succes- « sion il existe un correctif, le successible peut se mettre « à l'abri du rapport en renonçant à la succession... »

J'ajouterai, en second lieu, que la solution proposée par M. Valéry me semble aller franchement à l'encontre du but que l'on se propose d'atteindre avec l'amortissement : ce que l'on veut, c'est mettre l'actionnaire à l'abri du danger de ne plus retrouver, de perdre les fonds qu'on vient le solliciter de placer dans telle ou telle entreprise industrielle ou commerciale ; or, si on l'oblige à rapporter la somme reçue lors de l'amortissement, on retombe en plein dans l'inconvénient que l'on voulait éviter, d'autant plus que par hypothèse même, lorsque ce rappel de fonds aura lieu, c'est que la situation de la société ne sera pas brillante et qu'il ne restera pas grand' chose du capital social.

M. Bouvier-Bangillon invoque un autre argument qu'il tire de la loi du 1er août 1893, qui, dans son article 2, dernier alinéa, dispose comme suit : « Tout souscripteur « ou actionnaire qui a cédé son titre cesse, deux ans « après la cession, d'être responsable des versements non « encore appelés. » Il suffit de supposer que l'actionnaire « amorti a cédé son action de jouissance ; il restera « cependant tenu du rapport, d'après M. Valéry... Ne

« peut-on pas reproduire pour cet actionnaire amorti « qui a cédé son titre le raisonnement qui fut fait lors « des travaux préparatoires de la loi de 1893 et qui peut « se résumer à peu près à ceci : on ne peut continuer à « exposer aux risques d'une entreprise une personne qui « a renoncé aux avantages possibles de cette entreprise « et qui n'a plus aucune influence sur la marche de « l'affaire. »

M. Valéry aurait pu éviter cette objection très juste en décidant que le cessionnaire lui-même pourrait être poursuivi à propos du rapport, et cela il aurait pu très légitimement le faire ; en effet, comme nous l'avons déjà dit plus haut, le cessionnaire d'un titre prend le lieu et place de son cédant, c'est-à-dire qu'il bénéficie de tous ses droits et qu'il se charge de toutes ses obligations. Sans doute, en vertu du texte que nous venons de citer, le souscripteur ou l'actionnaire qui a cédé son titre est encore responsable pendant deux ans des versements non encore appelés ; mais il n'y a là qu'un supplément de garantie pour la société qui ne modifie en rien les devoirs de l'acquéreur.

Nous venons d'examiner avec M. Bouvier-Bangillon le système de M. Valéry, ou plutôt le système que M. Valéry semble avoir adopté ; recherchons maintenant par quelle série de raisonnements, de comparaisons et d'arguments cet auteur est arrivé à ses conclusions.

M. Valéry, pour les besoins de sa cause, commence par nous dire à la page 121 que l'on a tort de « considé-

« rer les sociétés, et particulièrement les sociétés par « actions, comme régies par un droit particulier, comme « constituant dans le monde commercial une caste à part « à laquelle ne seraient pas applicables les règles aux- « quelles obéissent d'une manière générale tous les com- « merçants. » Et il ajoute : « C'est là une tendance erro- « née, source elle-même d'erreurs nombreuses et qui « dérivent apparemment de la difficulté qu'éprouvent « certains esprits à admettre franchement la personna- « lité des sociétés. Au contraire, si l'on se persuade « qu'une société commerciale est un commerçant, qu'elle « est soumise, *exception faite pour ce qui concerne sa* « *constitution*, aux mêmes règles que les autres com- « merçants, qu'elle se comporte d'une manière générale « comme eux, qu'elle est exposée aux mêmes vicissi- « tudes, bien des difficultés purement imaginaires, aux- « quelles autrement on se heurte, s'évanouissent, et des « questions au premier abord embarrassantes se résol- « vent d'elles-mêmes.

« C'est là, me semble-t-il, ce qui doit se réaliser pour « le problème relatif à la nature des actions de jouis- « sance. S'il est possible de démontrer que la création « d'actions de cette nature correspond à des actes ana- « logues à ceux auxquels tout commerçant est le maître « de se livrer, si cette comparaison permet de dégager « le caractère véritable de toutes les opérations du « même genre, les points obscurs dont la doctrine se pré- « occupe s'éclairciront sans peine. »

Oui, sans doute, *une société commerciale est un commerçant*, et la preuve en est qu'on peut lui appliquer le régime de la faillite, mais il y a des différences qui, relativement à la question qui nous occupe, ont une importance considérable. Un commerçant, simple particulier, est parfaitement libre de faire ce qu'il veut de son patrimoine : il peut, par exemple, en prendre une partie et l'affecter à une entreprise commerciale ; mais, il n'y a là rien de légal, au point de vue de notre législation, il ne crée pas un patrimoine spécial ayant une vie indépendante et réglée par le législateur et, pour se servir d'un mot qui a fait fortune depuis quelques années dans une autre branche des sciences juridiques, il ne fait pas une *fondation*. Ses créanciers, quels qu'ils soient, auront pour gage tout son patrimoine ; dans ces conditions, on comprend très bien que notre individu, après avoir mis par exemple 100.000 francs dans une affaire quelconque, puisse, à un moment donné, sans avertir qui que ce soit, en retirer cinquante mille si bon lui semble et pour n'importe quelle raison. Ses créanciers n'ont rien à dire, ces 50.000 francs ils les retrouveront toujours dans le patrimoine de leur débiteur à qui ils ont fait crédit pour des raisons diverses, mais non parce qu'il leur avait dit qu'il sacrifiait 100.000 francs à sa maison de commerce, et la preuve, c'est que s'il leur doit plus de 100.000 francs, ils ne se gêneront pas pour réclamer la différence sur le restant de la fortune de leur débiteur. En tout cas, si les créanciers ne trouvent rien à saisir, ils n'ont pas à se

plaindre, car ils se heurteront aux grands principes de notre droit qui résulte par *a contrario* des articles 1166 et 1167 du Code civil.

Mais, pour les sociétés, le législateur a voulu que le capital social soit connu de tous, et soit en même temps intangible ; d'où les dispositions fort connues des articles 55, 56, 57, 61 de la loi de juillet 1867 ; et ce principe du maintien du capital social opposé au principe de la responsabilité limitée des actionnaires dans les sociétés anonymes entre véritablement dans l'exception signalée par M. Valéry lui-même en ces termes généraux : « Exception faite pour ce qui concerne sa constitution. »

Et à la suite de ces réflexions que nous retrouvons aussi dans l'article de M. Bouvier-Bangillon, on se rend très bien compte que la comparaison de M. Valéry entre les agissements d'un commerçant simple particulier qui retire de la caisse de sa maison de commerce une partie des fonds qu'il y avait placés, et le fait pour des actionnaires de reprendre une partie de l'actif social, ne peut pas servir du tout. Entre ces deux ordres de fait il y a un abîme.

Voilà pour l'idée générale ; si l'on passe aux détails on aperçoit maintes petites choses qui choquent l'esprit.

Ainsi, M. Valéry dit que l'heureux commerçant dont il parle retire de la caisse de sa maison de commerce le capital qu'il y avait placé, et laisse à sa place les bénéfices qu'il a faits. Mais pourquoi cette substitution ? Pourquoi le commerçant retire-t-il ce qu'il a apporté et

laisse-t-il ce qu'il a gagné ? N'est-ce pas plutôt le contraire qu'il serait logique de dire. Sans doute, cette substitution, qui n'est pas très logique, n'a pas très grande importance ici, puisque, comme nous l'avons déjà dit, les créanciers de notre commerçant ont pour gage tous ses biens quels qu'ils soient. Mais si, comme le fait remarquer M. Valéry par ces mots : « L'opération que « notre commerçant aura accomplie est tout à fait sem- « blable à la création d'actions de jouissance, puisque « dans les deux cas les bénéfices réalisés permettent de « réduire le montant des capitaux dont l'entreprise était « nantie », on veut transporter ce raisonnement aux sociétés par actions, on s'aperçoit qu'il y a là non seulement une complication inutile et illogique, mais toute une base pour le système du remboursement, base que nous ne pouvons d'ailleurs pas admettre. En effet, on nous dit que la société garde dans sa caisse ses bénéfices, ou du moins une partie ; à cela rien à dire, puisque les bénéfices sont aux associés qui peuvent en faire ce que bon leur semble, au moins dans la mesure de l'article 1855 du Code civil, qui établit une restriction fort peu gênante du reste ; mais on ajoute que la société restitue à ses membres son capital social, et c'est ce que nous ne pouvons absolument pas admettre. Donc, en résumé, cette substitution, ce tour de passe-passe, si l'on peut s'exprimer ainsi, est non seulement illogique, inutile, mais encore en contradiction avec la loi. M. Valéry a prévu l'objection et a tâché d'y répondre en nous disant qu'il

n'y a pas entre revenus et capitaux de distinction bien tranchée, que les seconds ne sont que les premiers accumulés. M. Thaller (*Journal des Sociétés*, 1906, 11, 484), répond en lui reprochant « de jouer sur le sens du mot « capital et de jeter sur lui un vague et une imprécision « qui ne contribuent pas à donner à la thèse produite « une grande force démonstrative. » Ajoutons que si, d'une manière générale, il existe une analogie certaine entre capitaux et revenus, on est cependant bien obligé de les distinguer lorsque la loi établit des prescriptions très nettes et très importantes à propos des uns, et laisse pleine et entière liberté pour les autres ; or, c'est précisément ce qui se produit en matière de société par actions, et M. Valéry lui-même en est tellement persuadé, qu'un peu plus loin (page 131), il essaye de démontrer que le capital social n'est pas atteint, et pour cela il prétend qu'il faut distinguer le capital nominal du capital réel. « La loi, en interdisant aux sociétés de porter « atteinte à leur capital, sans modifier leurs statuts et « sans publier cette diminution, vise par là le *capital* « *nominal*. Quant au *capital réel*, dès l'instant même où « la société prend naissance, il est entamé par les « dépenses auxquelles elle est immédiatement entraînée, « et puis, selon la marche plus ou moins heureuse que « prendront ses affaires, il sera constamment supérieur « ou inférieur au capital nominal ; si jamais il lui est « égal, ce sera par l'effet d'un pur hasard et cette égalité « ne pourra être qu'éphémère. » Ici encore, en écrivant

ces lignes, M. Valéry semble avoir oublié le but des articles 55, 56, 57, 61 de la loi du 24 juillet 1867. Il est certain qu'en exigeant que le montant du capital social soit porté à la connaissance de tous, et ne puisse pas être modifié sans les formalités de la publicité, le législateur n'a pas voulu que ce capital soit immobilisé, ne puisse pas servir ; ce serait absurde : si des gens se sont groupés et ont réuni de l'argent, c'est précisément pour faire ces dépenses dont parle M. Valéry et qui sont la conséquence *sine qua non* du fonctionnement de leur société. Mais ce qu'il a voulu, c'est que les associés ne puissent pas se livrer à des fraudes et reprendre l'argent qu'ils prétendent apporter dans la société, et qui constitue le seul gage sur lequel puissent compter les créanciers. Il y a là quelque chose qui ressemble un peu à l'article 1167 du Code civil ; de même qu'un simple particulier dans une situation déjà embarrassée peut augmenter son passif, pourvu « qu'il n'agisse pas en fraude des droits de ses créanciers », de même une société peut faire autant de dépenses et de dettes qu'elle veut à condition de ne pas restituer son capital à ses membres. M. Valéry invoque un argument secondaire dont il nous faut dire quelques mots. Nous lisons à la page 129 : « Ceci serait sur-
« tout sensible dans le cas où le commerçant se serait
« établi grâce à des capitaux qui lui auraient été prêtés,
« le jour où l'état prospère de son commerce lui permet-
« trait de les rendre ne serait-il pas évident qu'il rendrait
« un capital. » Je me contenterai de faire remarquer que

l'opération qui dans une société correspondrait à celle dont nous parle M. Valéry à propos du commerçant simple particulier, serait un amortissement d'obligation ; chose fort différente, comme nous l'avons déjà dit, de l'amortissement des actions.

Après avoir parlé du commerçant, M. Valéry examine l'hypothèse d'une société en commandite simple.

C'est toujours la même chose, le commanditaire reprend la valeur de son apport grâce à l'accumulation des bénéfices dans la caisse de la société : les créanciers n'ont pas à s'en plaindre, puisque le capital social reste le même. Il n'y aurait qu'à redire ce que nous avons déjà dit plus haut.

Ainsi, pour l'argument tiré de la distinction du capital nominal et du capital réel, la même réponse s'impose. Cependant, voici quelque chose de nouveau : M. Valéry examine une objection à laquelle, dit-il, il doit s'attendre : « Comment, dira-t-on, le commanditaire peut-il « continuer à faire partie de la société, puisqu'il a repris « ses capitaux ? N'y a-t-il pas là une violation évidente « de l'article 1855 du Code civil, qui assujettit nécessai- « rement tout associé à la participation aux pertes, et « de l'article 1867 qui, en décidant que la perte des « choses dont la jouissance seulement a été promise à « la société doit entraîner sa dissolution, montre qu'un « associé n'a plus le droit de conserver ce titre dès l'ins- « tant où la clause qui justifiait sa présence dans la « société a disparu ? Ne serait-il pas absurde, au sur-

« plus, que le commanditaire qui a retiré ses apports « pût continuer néanmoins à prendre part dans les béné- « fices de la société ? Ne se produirait-il pas ainsi à son « profit un enrichissement sans cause ? »

Laissons de côté pour le moment l'article 1855 et la question de la participation aux pertes, et occupons-nous seulement du deuxième alinéa de l'article 1867, que M. Valéry craint, bien à tort, de se voir opposer ; car il n'y a pas d'analogie entre les deux situations. C'est le premier alinéa du même article dont les partisans de la thèse du remboursement pourraient tirer un argument en leur faveur, ou plutôt un moyen de défense à une objection qu'on ne manquera pas de leur faire, que M. Valéry a prévue, et que M. Bouvier-Bangillon a formulée en ces termes (*Journal des Sociétés*, 1906, 4, 147): « ... Un actionnaire est un associé ; on ne peut pas être « associé, donc actionnaire, sans apport » ; autrement dit, c'est la nécessité du maintien d'une des conditions exigées par l'article 1833 du Code civil pour la validité du contrat de société ; on voit tout de suite la réponse qu'on peut tirer par *a contrario* de l'article 1867, premier alinéa : « Lorsqu'un des associés a promis de met- « tre en commun la *propriété* d'une chose, la perte sur- « venue *avant que la mise en soit effectuée* opère la dis- « solution de la société par rapport à tous les associés. » Donc, une fois la mise effectuée, si elle vient à disparaître la société n'est pas dissoute pour cela. Il est facile de voir comment vont raisonner les défenseurs de l'opinion

classique : « Vous nous dites que si l'associé reprend « son apport, c'est-à-dire que si la mise de l'un des asso- « ciés vient à disparaître, la dissolution de la société doit « forcément en résulter. Nous vous répondons par l'arti- « cle 1867 dont il résulte le contraire. » La réplique ne sera pas bien difficile. Lorsque tous les associés ont mis en commun leurs apports, ceux-ci forment une masse qui appartient en bloc et indistinctement à la société, personne morale, et si une fraction de cette masse, de ce bloc vient à disparaître, ce n'est pas plus la part de l'un que la part de l'autre qui a péri, c'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, une partie impersonnelle du capital social ; et dans ces conditions on comprend fort bien que la société ne soit pas dissoute. Mais pour l'amortissement, la situation n'est plus la même ; on fait cesser cette confusion dont nous venons de parler et on rend son individualité à l'apport de celui ou de ceux dont les actions ont été désignées par un tirage au sort : ce qui fait que l'on est dans l'hypothèse de l'article 1867, premier alinéa, et qu'on ne peut plus par conséquent invoquer la règle qui en résulte par *a contrario*.

M. Valéry croit échapper au reproche « d'enrichissement sans cause » en disant que si l'actionnaire amorti quoique *remboursé* continue à participer aux bénéfices, c'est parce qu'il avait risqué ses capitaux dans l'entreprise, et qu'en reconnaissance, on lui maintenait ses droits aux dividendes. Cette manière de voir ne nous semble pas exacte : tant que ses capitaux sont exposés,

il y a une cause à l'enrichissement de l'actionnaire, mais cette cause cesse lorsque les capitaux sont à l'abri de tous risques, et c'est ce qui arrive étant donné qu'on ne peut pas admettre l'obligation au rapport. Et qu'on ne nous parle pas de reconnaissance due à l'actionnaire, c'est là un sentiment tout à fait inconnu des relations commerciales où les gens ne se connaissent même pas la plupart du temps. En tout cas si on avait voulu manifester un sentiment de reconnaissance à l'actionnaire amorti, on lui aurait donné non pas une action de jouissance, mais une action de prime.

Occupons-nous maintenant de l'article 1855, 2e alinéa, qui exige de tout associé la participation aux pertes ; voici ce que répond M. Valéry à l'objection qui résulte de ce texte : « Quand une société de commerce échoue « dans ses entreprises, ses membres ne perdent pas seu- « lement le montant de leurs apports ; ils perdent aussi « les chances de réaliser les bénéfices sur lesquels ils « avaient comptés. C'est la distinction traditionnelle du « *damnum emergens* et du *lucrum cessans* qui reparaît « ici. En conséquence, à supposer même que le com- « manditaire ne fût pas obligé à verser de nouveau les « fonds que la société lui a remboursés, il n'en serait « pas moins certain, s'il échappait au *damnum emer-* « *gens*, qu'il perdrait les profits dans l'attente desquels « il avait concouru à la formation de la société ».

Cette réponse ne nous semble pas concluante du tout. Sans doute, comme dit M. Valéry, il y a bien la crainte

de voir diminuer et même disparaître les bénéfices ; mais un défaut d'enrichissement, si on peut en tenir compte dans certains cas et notamment lorsqu'il s'agit de calculer des dommages-intérêts, ne constitue pas une perte à juridiquement parler, c'est ce que l'on peut voir dans tous les manuels de Droit civil à propos de la donation ; et l'article 1855, 2e alinéa, s'exprime d'une manière assez énergique et assez nette pour ne laisser subsister aucun doute : « Il en est de même de la stipulation qui « affranchirait *de toute contribution aux pertes*, les « sommes ou effets mis dans le fonds de la société par « un ou plusieurs associés ». Ce texte exige si nettement que les apports eux-mêmes des actionnaires puissent subir des diminutions, des pertes, qu'il me semble bien difficile de pouvoir se contenter que certains actionnaires ne soient exposés qu'à recevoir des dividendes moindres.

Par conséquent si l'amortissement constituait un remboursement, l'article 1855 ne serait plus observé, et ce serait une institution illicite ; mais que l'on se rassure, tous les actionnaires continuent à participer aux risques puisque le capital social continue à rester intact, comme tout le monde, M. Valéry lui-même, est obligé de le reconnaître, et que ce capital social appartient à la société, c'est-à-dire en principe à tous les actionnaires.

M. Valéry conclut : « Osera-t-on prétendre que lors- « qu'un commanditaire s'est fait rembourser, comme je « viens de le supposer, le montant de ses apports, il

« touche ainsi un revenu ? N'est-ce pas là un capital, « *ce même capital* qu'il avait apporté ? La réponse que « cette question comporte est si évidente qu'il serait « absolument oiseux d'y insister ».

Certainement cette conclusion s'imposerait si le point de départ de la thèse de M. Valéry était à l'abri de tout reproche ; si l'on pouvait accepter cette substitution qu'il fait entre le capital engagé dans l'entreprise et les bénéfices qui résultent de cette dernière ; or, nous avons vu que cette substitution, inutile et illogique pour le commerçant simple particulier, est en outre en contradiction formelle avec la loi lorsqu'il s'agit de sociétés par actions.

Donc le capital social reste dans la caisse de la société, ou du moins il n'est pas repris par les actionnaires ; et c'est avec des fonds provenant des bénéfices qui sont à eux, qui leur appartiennent, qu'ils peuvent se partager entre eux absolument comme ils l'entendent sous la seule restriction de l'article 1855, restriction d'ailleurs fort peu embarrassante et qui laisse ouvert un vaste champ aux combinaisons des intéressés, que ceux-ci procèdent à l'amortissement. Dans ces conditions, la conclusion de l'éminent professeur de Montpellier ne s'impose pas du tout à l'esprit ; tandis qu'au contraire il serait fort rationnel d'admettre que les sommes données aux actionnaires amortis ne sont qu'une partie des bénéfices qu'ils touchent dans la société à d'autres titres, à titre de dividende, à titre d'intérêt fixe, et comme tels

de leur reconnaître tous les caractères attachés aux revenus.

Nous avons ainsi parcouru les deux premières étapes du raisonnement de M. Valéry, voyons à présent ce que celui-ci nous dit de l'amortissement des actions dans les sociétés par actions.

Suivant cet auteur « lorsqu'une société par actions « procède à un tirage d'amortissement qui aboutit à la « création d'actions de jouissance, elle accomplit un « acte absolument semblable à l'opération par laquelle « un commerçant ou un commanditaire, tout en retirant « à une maison de commerce les capitaux qu'ils avaient « apportés, continuent à en faire partie ». Nous avons déjà vu ce qu'il fallait penser de cette assimilation, et je crois avoir suffisamment démontré qu'il y avait à ce point de vue un véritable abîme entre la société par actions et le commerçant simple particulier. Les explications qui suivent ne sont pas davantage admissibles, c'est toujours la même confusion entre capitaux apportés à l'entreprise et bénéfices qui en résultent, et la même substitution des uns aux autres. Il faut cependant nous occuper d'une objection que M. Valéry essaye d'écarter. Après nous avoir dit que la société peut parfaitement restituer à ses actionnaires les capitaux qu'ils lui ont apportés et qui sont disponibles puisqu'il y a des bénéfices accumulés qui les remplacent, le professeur de Montpellier ajoute : « Objectera-t-on que la loi subordonne la validité des « sociétés au versement d'une certaine partie du capital

« de chaque action, et que, d'autre part, le capital social « dont le montant par suite de la publicité qui lui est « donnée, inspire confiance aux tiers, ne saurait être « réduit sans une modification expresse des statuts ? « Mais ces objections partiraient d'une entente inexacte « des exigences légales. Quand le législateur veut que « le capital de chaque action soit versé pour que la « société existe, son but est de garantir aussi bien les « souscripteurs sérieux que les créanciers sociaux con- « tre des souscriptions purement fictives par suite des- « quelles le capital de la société serait inférieur à celui « qui est annoncé, elle exposerait donc aux pires aven- « tures. Des préoccupations semblables ont motivé la « disposition de la loi du 1er août 1893 aux termes de « laquelle les actions doivent rester nominatives jusqu'à « leur entière libération. Mais ces mesures de précau- « tions si justifiées pendant la période constitutive de la « société, n'ont plus de raison d'être dès que la société « s'étant régulièrement constituée, est parvenue à amas- « ser grâce à ses économies des capitaux suffisants pour « subvenir à ses besoins et au-delà ».

Je ferai d'abord ressortir que nous nous trouvons toujours en présence de la même confusion entre capitaux et revenus. Mais il y a quelque chose de plus : M. Valéry nous dit que les mesures exigées par le législateur de 1893 se comprennent fort bien au début de la société, mais non une fois que celle-ci est en plein fonctionnement ; et pour le démontrer il s'appuie d'abord

sur ce que les bénéfices qui ont pris la place des capitaux sont suffisants pour le fonctionnement de la société, et ensuite sur ce qu'on pourra obliger les actionnaires amortis à rapporter les sommes qu'ils ont touchées. Je ferai remarquer que cet espoir de voir les actionnaires amortis rapporter les susdites sommes risque d'être fort illusoire, et que les mêmes dangers de ne pas pouvoir recouvrer les sommes exigibles semble exister également dans les deux cas, et que par conséquent à ces deux moments de l'existence des sociétés les mêmes mesures fort prudentes et fort sages qu'a prises le législateur s'imposent également.

M. Valéry reprend sa comparaison avec les commerçants pour nous démontrer comment il peut se faire : « que les actions remboursées continuent à donner des « droits sur le capital de la société et quels sont à « l'égard de ce capital les droits respectifs des titres « amortis et de ceux qui ne le sont pas ».

Certainement si l'on fait tant que d'admettre l'idée de remboursement on peut arriver à force d'ingéniosité à expliquer comment les actionnaires amortis ont à la dissolution de la société certains droits sur le capital social restant, M. Valéry ferait mieux de dire sur la masse des bénéfices accumulés qui ont pris la place du capital social. Mais précisément, c'est le point de départ que nous n'admettons pas et que nous ne pouvons pas admettre : car malgré tous les détours du raisonnement, toutes les digressions, nous nous trouvons en présence

de deux faits palpables, qui s'imposent à l'esprit avec toute la brutalité des faits matériels : d'une part, le capital social n'est pas atteint et ne peut pas être atteint par l'amortissement ; d'autre part, on procède à l'amortissement avec des fonds exclusivement pris sur les bénéfices, autrement dit avec des fonds appartenant aussi pleinement que possible aux actionnaires qui, sous la seule restriction de l'article 1855, ont parfaitement le droit de se les partager et de les conserver quoiqu'il arrive sauf naturellement dans les hypothèses de bénéfices fictifs prévues par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867, ce qui est là une hypothèse tout à fait anormale et dont nous n'avons pas à nous occuper pour le moment car elle se ramène simplement à ceci qu'il n'y a pas de bénéfices.

Donc l'actionnaire qui grâce à l'amortissement touche une somme égale ou légèrement différente de la valeur nominale de son action ne peut pas être *considéré* comme étant *remboursé* de son apport. Tel est aussi l'avis de M. Bouvier-Bangillon dont nous allons maintenant dans un chapitre deuxième étudier le système fort original, qu'il a développé avec son talent ordinaire d'abord dans le *Journal des Sociétés* et ensuite dans la *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence.*

CHAPITRE III

Système du rachat

Dans son premier article, M. Bouvier-Bangillon commence par combattre d'une manière très catégorique la thèse classique du remboursement. Pour cela, il cite un passage du n° 587 de l'ouvrage de M. Thaller où nous retrouvons des idées que nous avons déjà émises. Aux arguments de MM. Thaller et Maria, M. Bouvier-Bangillon en ajoute un tiré de la nécessité du maintien des conditions nécessaires à la validité du contrat de société et notamment d'un apport fait par chacun des associés. Il invoque en outre une autre raison fort ingénieuse et fort piquante, et nous ne pouvons résister au plaisir de citer textuellement ces quelques lignes : « Bien plus, « il est tel cas où par la force même des choses, on ne « peut parler de remboursement : soit un actionnaire « dont l'apport a été fait en nature (une usine par exem- « ple) ; ses actions sont amorties à la suite d'un tirage « au sort ; peut-on alors parler de remboursement ? On « ne rembourse qu'une valeur primitivement versée, et, « en l'espèce, l'apport de l'actionnaire consistait en une « usine ».

Et M. Bouvier-Bangillon conclut comme nous à la fin du chapitre précédent : « donc il ne faut pas parler de « remboursement ».

Mais là où nous ne sommes plus d'accord avec l'éminent professeur, c'est lorsque, se demandant à quel titre l'actionnaire dont l'action a été amortie a touché la somme représentative de la valeur de son action, il nous dit : « J'admets, comme M. Valéry, que la somme ver- « sée à chaque titre amorti constitue un capital ».

Nous examinerons en étudiant la thèse soutenue par M. Thaller les critiques que M. Bouvier-Bangillon lui adresse ; pour le moment, contentons-nous d'exposer le système personnel de l'éminent professeur de la Faculté d'Aix : système que son auteur analyse ainsi à la page 150 : « L'amortissement des actions doit s'analyser en « un *Achat* de l'action sortie au tirage au sort par la « société à un prix convenu d'avance dans les statuts, « mais sous déduction d'une jouissance laissée à son « ancien propriétaire. Le droit de ce dernier devrait « donc, à mon avis, être qualifié de jouissance d'action « plutôt que d'action de jouissance. Si on le préfère, « pour ne pas trop changer la terminologie, au lieu de « parler d'action de jouissance, on pourrait se servir de « l'expression voisine mais alors exacte d'action en « jouissance ». Et ainsi, M. Bouvier-Bangillon croit, comme il le dit lui-même, tenir compte de ces deux idées : 1° que l'amortissement ne s'analyse pas en un rembour-

sement ; 2° que l'actionnaire amorti reçoit une somme capitale et non des dividendes privilégiés.

Voici comment M. Bouvier-Bangillon est arrivé à sa solution du problème posé. Il commence par remarquer qu'il y a un procédé particulier d'amortissement qui se rencontre dans un assez grand nombre de sociétés, et dont nous avons jusqu'ici différé de parler, ce procédé consiste à prélever une certaine partie des bénéfices pour acheter des actions qui sont annulées. Ces actions étant librement vendues sur le marché, le prix en est fixé par la loi de l'offre et de la demande ; ce procédé est très avantageux lorsque les actions sont au-dessous du pair. M. Bouvier-Bangillon voit entre les deux modes d'amortissement un étroit lien de parenté. La seule différence qu'il y ait, d'après lui, c'est que dans un cas l'opération est le jeu de la volonté actuelle des parties et que dans l'autre, s'il y a toujours volonté des parties, ce n'est plus la volonté actuelle, et qu'on se trouve en présence « d'une vente conditionnelle des actions sous condition « déterminative du tirage au sort ». Entrons dans un examen un peu plus détaillé des deux hypothèses. Je commencerai par dire que même dans le cas de l'amortissement par rachat, la volonté des parties, c'est-à-dire des associés, entre en jeu au moment même de la constitution de la société, de la souscription des actions ; et qu'il faut bien qu'il en soit ainsi. En effet, nous avons vu qu'on prélevait une quote-part des bénéfices pour pouvoir racheter les actions de ceux qui voudraient bien les

vendre ; mais ce prélèvement ne se fait pas sans entraîner une diminution des dividendes distribués ; et cette diminution, anormale, puisque les actionnaires ont droit de prendre pour eux tous les bénéfices nets, c'est-à-dire tout ce qui reste une fois payées les charges et les dettes échues, il faut bien qu'elle ait été acceptée par les associés qui seront obligés de vendre leurs actions à la société ; car ces derniers à l'inverse des autres risquent fort de ne pas bénéficier des avantages de l'amortissement, ils n'en retireront que l'inconvénient de voir diminuer leurs bénéfices. On pourrait alors se demander pourquoi ils acceptent cette combinaison. La raison en est des plus simples, c'est qu'ils ne savent pas encore qu'ils seront obligés de vendre, et qu'ils espèrent être de ceux qui conserveront leurs actions jusqu'au bout et profiteront ainsi de l'amortissement.

Ce que l'on trouve donc tout d'abord, dans les deux cas, c'est une clause spéciale du contrat de sociétés, et cette clause je crois que personne n'osera soutenir qu'elle constitue à elle seule un contrat de vente.

Comme conséquence de cette clause nous rencontrons une seconde opération. Quelle est-elle ? Pour le savoir, il faut se souvenir de ce que nous avons déjà eu l'occasion de dire plusieurs fois, et qu'il convient de rappeler ici. D'une part, les bénéfices appartiennent aux actionnaires, chacun d'eux y a droit et doit en toucher une partie sans quoi on se trouverait en présence d'une société léonine ; d'autre part il n'est pas nécessaire : 1° que tous

les bénéfices soient immédiatement distribués aux actionnaires. (Rien n'empêche de mettre de côté une partie des bénéfices pour constituer une masse de biens qui servira à un but déterminé) ; 2° que chaque actionnaire ait dans les bénéfices une part égale à celle des autres actionnaires. Il est parfaitement possible qu'un actionnaire ou une catégorie d'actionnaires ait une part différente de celle des autres, soit supérieure, soit inférieure, l'écart peut même être très considérable ; et alors que l'expression se trouve ou non dans les statuts, il y a actions de priorité, dont la légitimité n'a jamais fait de doute sérieux.

Cela rappelé, revenons à notre question.

Les fondateurs d'une société en en rédigeant les statuts décident que sur les bénéfices nets on prélèvera soit une quote-part, soit une somme fixe, destinée à racheter les actions et à les annuler.

C'est ce que nous disions tout à l'heure, tous les bénéfices ne sont pas complètement distribués aux actionnaires, mais le principe de l'égalité n'est pas rompu car tous subissent la même diminution. Il a été en outre décidé qu'avec les sommes d'argents ainsi obtenues on achèterait les actions de ceux qui voudraient les vendre et que les droits qui y sont attachés, droit au bénéfice, droit au capital, etc., profiteraient à tous les autres, ou ce qui revient au même que ces actions seraient annulées. Ici l'achat est évident et il n'y a rien qui s'oppose à l'admission de cette idée.

Mais il n'en est plus de même pour le second cas ; ici il y a une excellente raison de ne pas voir un rachat d'actions avec réserve de jouissance. Si l'actionnaire ne conservait que la jouissance de son action on comprendrait très bien qu'il continuât à avoir droit aux bénéfices et même à tous les bénéfices, y compris l'intérêt fixe dont cependant il est privé dans beaucoup de sociétés ; mais on ne comprendrait pas qu'il puisse conserver des droits sur le capital social, capital qui représente en quelque sorte, pour ainsi dire, la nue propriété de son titre, nue propriété qui avait été annulée, d'après M. Bouvier-Bangillon. Et l'objection est d'autant plus décisive que M. Bouvier-Bangillon considère, ce à quoi il est forcément amené puisqu'il admet que c'est avec des bénéfices qu'il est procédé à l'amortissement et repousse ainsi l'idée de remboursement, que les apports des actionnaires conservent leur caractère de capital social et ne prennent pas celui de bénéfices accumulés qu'on leur octroie dans la thèse du remboursement.

Il ne nous reste qu'à envisager l'amortissement comme une rupture de l'égalité entre actionnaires dans le but d'obtenir certains avantages que nous avons déjà énumérés.

Cette manière d'envisager l'amortissement fut proposée pour la première fois par M. Thaller, nous allons nous en occuper longuement : mais avant de passer à un nouveau chapitre, il nous faut ajouter quelques mots sur les articles de M. Bouvier-Bangillon.

Naturellement, si l'amortissement est un achat, et si la somme versée aux actionnaires dont les titres sont sortis au tirage au sort est un prix de vente, on ne saurait concevoir une obligation de rapport comme celle qu'admet M. Valéry ; du reste, M. Bouvier-Bangillon sur ce point, combat très énergiquement les idées émises par son collègue de la Faculté de Montpellier.

CHAPITRE IV

L'AMORTISSEMENT S'ANALYSE EN UNE DISTRIBUTION DE DIVIDENDES PRIVILÉGIÉS

SECTION I. — **Exposé général de ce système.**

M. Bouvier-Bangillon a renversé de fond en comble ce qui semble être le système personnel de M. Valéry ; il a aussi montré que l'opinion classique était inadmissible parce qu'elle était contraire à la plus élémentaire logique. De mon côté, je crois avoir montré que la thèse originale et fort ingénieuse de l'éminent professeur d'Aix se heurte à certaines difficultés qui nous obligent a l'écarter. Du reste, je ne suis pas seul de cet avis, M. Thaller, dans son article récemment paru au *Journal des Sociétés* (1906, 11, 483), quoique n'en donnant aucune raison repousse formellement cette idée de rachat.

Nous ne nous trouvons donc plus en présence que d'un seul système, système qui n'a guère été soutenu jusqu'à présent que par trois auteurs, MM. Thaller, Morel et Maria, mais dont le nombre des défenseurs croîtra sans doute dans de sérieuses proportions, car lorsque l'on suit la méthode que nous avons préconisée, et que l'on

va jusqu'au fond des choses sans se laisser arrêter par les apparences trompeuses et les mots impropres, et que l'on évite le piège des raisonnements *a priori*, on s'aperçoit que c'est le seul système admissible.

Tout en admettant d'une manière générale l'opinion des trois auteurs précités, il nous faudra les examiner d'un peu près, car il y a entre eux certaines divergences qui doivent être signalées ; il nous faudra en outre passer en revue et tâcher de réfuter les critiques qui leur ont été adressées notamment par MM. Bouvier-Bangillon et Valéry.

Voici le système proposé.

Les bénéfices appartiennent aux actionnaires, ceux-ci ont absolument le droit d'en faire ce qu'ils veulent comme de se les distribuer au moment où cela leur plaît et de se les partager dans des proportions qu'ils sont libres de fixer comme ils l'entendent sous la seule condition de respecter la prescription de l'article 1855 du Code civil. Il en résulte que si on prend une partie de ces bénéfices, si on en fait une masse à part à laquelle on accole une étiquette quelconque on ne s'en trouve pas moins en présence de bénéfices appartenant toujours aux actionnaires et sur lesquels les créanciers de la société, en supposant naturellement qu'ils n'aient pas à se plaindre de fraudes, n'ont absolument aucun droit. On pourrait objecter que les associés ont parfaitement le droit de décider qu'il sera prélevé une certaine partie des bénéfices pour faire face aux éventualités malheureuses qui

pourront se produire, ou même pour payer des dettes qui n'écherront que dans un certain temps, que la loi elle-même (art. 36 de la loi du 24 juillet 1867) leur impose l'obligation de constituer ce qu'on appelle un fonds de réserve ; et que dans ces cas-là il est certain que les sommes ainsi prélevées sur les bénéfices n'appartiennent plus aux actionnaires, mais qu'elles sont destinées aux créanciers qui peuvent parfaitement y compter et au besoin mettre en mouvement la responsabilité des administrateurs telle qu'elle est organisée par l'article 44 de la même loi. Cette remarque est fort juste, mais il y a une particularité qui fait tomber l'objection que l'on en tire. C'est que les actionnaires se sont liés eux-mêmes par une clause du contrat social qui, grâce à sa publicité, donne aux tiers pour se faire payer le droit de compter sur ces sommes absolument comme sur le capital social lui-même dont le montant a fait l'objet de la même publicité ; en outre, quant à l'hypothèse de l'article 36 c'est la loi elle-même qui intervient pour lier les actionnaires. Mais lorsqu'il n'est rien dit, lorsque dans les statuts il n'y a rien qui puisse donner aux créanciers le droit de croire que leur gage est augmenté, il me semble que si sur une partie des bénéfices on met une étiquette quelconque on ne s'en trouve pas moins en présence de vrais bénéfices avec tous les caractères qui y ont été attachés par le législateur, et cela, alors même qu'il y aurait soit rupture du principe de l'égalité, soit distribution retardée.

Et c'est précisément ce qui se passe pour l'amortissement : en effet, pour qui a-t-on organisé cet amortissement ? Serait-ce par hasard pour créer dans l'intérêt des tiers, des créanciers, un fond à eux destiné ? Il est absolument impossible de répondre affirmativement à cette question après avoir exposé comme nous l'avons fait la genèse de notre institution. Dans ces conditions, les conclusions suivantes s'imposent.

Si l'amortissement se fait avec des sommes prélevées sur les bénéfices dont elles gardent tous les caractères, l'amortissement se ramène à une distribution un peu spéciale de bénéfices. Certains actionnaires touchent à un moment donné une somme que ne touchent pas les autres, mais qu'en bonne règle, ils toucheront plus tard, si les affaires de la société continuent à prospérer.

Il y a dans le fait de toucher cette somme le premier ou un des premiers un avantage évident qui rompt l'égalité entre actionnaires, il est donc fort juste qu'on accorde certaines compensations à ceux qui ne sont pas favorisés par le sort ; ces compensations consisteront à leur octroyer avant toute distribution de dividendes un intérêt fixe déterminé, trois, quatre, cinq, ou même six pour cent sur leur mise, ou si l'on veut, à supprimer cet intérêt à ceux dont les titres ont été amortis ; elles consisteront encore à leur donner lors de la dissolution de la société, à supposer qu'à ce moment-là toutes les actions n'aient pas été amorties, un droit privilégié sur le capital social : généralement, il est décidé qu'ils commen-

ceront par prendre sur le capital social une somme égale à celle qui a été distribuée aux autres actionnaires à titre d'amortissement ; et ensuite que tous les actionnaires se partageront le reste, s'il y en a un. Il en est ainsi que la liquidation soit fructueuse ou ne le soit pas.

Rien n'empêcherait d'admettre d'autres combinaisons, la liberté des parties a devant elle un champ d'exercice presque illimité. Les associés pourraient très bien décider, comme M. Maria le propose, qu'une fois que les actionnaires non amortis auraient repris par droit de priorité leur apport ou si on le préfère une somme égale à celle qui a été versée à titre d'amortissement, le restant ne serait à la disposition que de ceux qui ont vu leurs titres sortir au tirage au sort. Les intéressés, les associés sont parfaitement libres, ils s'arrangent entre eux suivant leur bon plaisir, il n'y a rien d'extraordinaire dans tout cela. Si, à la dissolution de la société, les actionnaires ne retrouvent exactement que le capital social ou même ne le retrouvent pas en entier, les choses se passent comme nous venons de l'indiquer et il n'y a rien de particulier à remarquer, sinon qu'il n'y a là rien qui puisse justifier ces critiques de M. Bouvier-Bangillon (*Journal des Sociétés*, 1906, 4, 149) : « Cette préférence « des actions, non amorties à la liquidation, sur le capi- « tal, est la contre-partie des dividendes privilégiés per- « çus par les actions amorties au cours de la société. « Est-ce, je le répète bien satisfaisant ? » Je ne vois pas en quoi cela ne serait pas « bien satisfaisant », puisque

bénéfices et capital social appartiennent aux actionnaires qui prennent les dispositions qui leur conviennent le mieux.

Supposons maintenant qu'il y ait en plus des bénéfices : s'ils suffisent à amortir toutes les actions qui ne l'ont pas encore été, pas de difficultés. Sinon, on pourra procéder à un dernier tirage au sort, et les actions qui sortiront recevront ce que M. Maria appelle un dividende privilégié. Pour les autres, on procédera comme dans le cas où il ne subsiste à la fin de la société que le capital social.

Il se peut qu'on ne procède pas à ce dernier tirage et qu'on décide que tous les actionnaires dont les titres n'ont pas été amortis prendront les sommes représentant l'amortissement, le reste devant être partagé entre tous indistinctement. Le résultat immédiat est le même dans les deux cas ; mais dans le second il se produit une difficulté que nous allons examiner. Lorsqu'il y a un tirage au sort on se trouve bien comme nous l'avons dit en présence d'un véritable amortissement, c'est-à-dire d'une distribution de dividendes extraordinaire et privilégiée, mais dans la seconde hypothèse il y a reprise privilégiée du capital social. Ces deux choses sont bien distinctes et ne doivent pas être confondues, or, en ne procédant pas au tirage au sort, on fait naître cette confusion et on entraîne ainsi des difficultés très grandes qui tiennent aux différences essentielles qui existent entre les deux catégories de biens. Sans doute, ces différences exis-

tent, mais elles ne sont pas aussi importantes qu'on pourrait le croire à première vue ; en outre, si des difficultés se produisent, la faute en est aux actionnaires qui auraient pu les éviter en indiquant par un tirage au sort quels étaient ceux d'entre eux qui recevraient un dividende, et quels étaient ceux qui exerceraient leurs droits de reprise sur le capital social. Ces difficultés ne proviennent donc pas de notre théorie elle-même mais de son application incomplète. Et ainsi tombe la critique de M. Bouvier-Bangillon : « Mais alors, quelle singula-
« rité : le privilège des actions non encore amorties sera
« différent suivant les résultats de la liquidation, privi-
« lège d'une part de bénéfices si la liquidation est fruc-
« tueuse, d'une part de capital, égale toujours à leur
« valeur nominale, si la liquidation se solde sans béné-
« fices ou même avec des pertes ».

Et, par ce que nous avons dit plus haut, relativement à la liberté de conventions des parties, nous croyons avoir encore réfuté les conclusions qui suivent : « La
« seule théorie logique étant données les prémisses du
« système, paraîtrait être le concours sur le capital de
« la société des actions amorties et des actions à amor-
« tir ; pour avoir touché un dividende privilégié, les
« actions amorties ne devraient pas avoir perdu leur
« droit normal à la distribution du capital ».

La simple lecture de ce qui précède nous amène à conclure qu'une fois que les actions désignées au sort étaient amorties, c'était bien fini, qu'il ne saurait être question

de rappel de fonds comme dans le système de M. Valéry. Je crois que c'est là une véritable supériorité pour notre théorie, que, du reste, elle partage avec celle de M. Bouvier-Bangillon.

Nous croyons pouvoir affirmer maintenant sans témérité que l'amortissement est une simple distribution de bénéfices. Cette distribution, M. Maria la qualifie de privilégiée ; ce mot a soulevé de la part de M. Valéry une critique longuement exposée et que nous aurons à discuter ; contentons-nous simplement de dire qu'il y a une distribution organisée d'une manière spéciale pour obtenir divers avantages, qui, d'après M. Valéry, peuvent se trouver tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, mais qui en tout cas existent très certainement ; et je n'en veux pour preuve que la faveur croissante dont jouit cette institution dans la pratique.

Sans doute, les actionnaires dont les titres sont amortis, autrement dit ceux qui ont touché une part importante des bénéfices, pourront voir modifier leur situation et leurs droits dans la société ; mais à cela, il n'y a rien à objecter comme nous l'avons vu, du reste il n'y a rien de changé au fond, car dans une société par actions, qu'est-ce qui importe ? Est-ce l'individualité de chacun des associés ? Est-ce sa fortune personnelle ? Pas le moins du monde ; c'est uniquement son apport, c'est-à-dire la *libération* de l'action ou des actions qu'il a souscrites ; or, cet apport continue à rester dans la société, à faire partie du gage des créanciers, et ceux-ci ne sont donc

nullement touchés par l'amortissement et la substitution de l'action de jouissance à l'action de capital. Il n'y a donc que dans l'intérieur de la société que cette opération amène des changements, et ces changements qui sont relatifs aux droits respectifs des associés sur les bénéfices et sur le capital social justifient parfaitement le changement de titres, et même jusqu'à un certain point l'appellation d'actions de jouissance. Sans doute, nous avons vu qu'il n'y a pas démembrement d'un ou plusieurs droits comme semble l'indiquer cette expression, cependant comme le droit sur le capital social bien souvent ne produit pas grand chose et même parfois ne produit rien, et qu'ainsi le droit aux dividendes semble subsister seul, on excuse jusqu'à un certain point l'emploi de cette expression. Du reste, maintenant que par un usage déjà ancien elle a acquis droit de cité dans notre langue juridique et qu'elle est connue de tous dans le grand public, il n'y aurait aucun avantage à la remplacer par une autre qui, d'abord, ne serait pas facile à trouver et qui ensuite, risquerait, elle aussi, de pécher par quelque côté.

Avec notre thèse, toutes les difficultés s'aplanissent, toutes les propositions qui semblaient contradictoires s'expliquent admirablement bien sans qu'on soit obligé de recourir à toutes sortes d'artifices de raisonnement.

Et d'abord, que l'actionnaire une fois son titre amorti ne soit pas exclu de la société, rien de plus naturel, puisqu'il n'y a pas remboursement. Ainsi apparaît toute

l'inutilité des raisonnements à perte de vue de M. Valéry, raisonnements fort compliqués, dont on ne saisit la suite que difficilement et dont le point de départ, l'assimilation du commerçant-société au commerçant simple particulier, est absolument faux. En second lieu, que l'actionnaire dont l'action a été amortie, n'ait plus droit à l'intérêt fixe, ou qu'il y ait droit ; qu'il ne vienne au partage du capital social qu'après que ceux qui n'ont pas vu leurs titres désignés au tirage au sort se soient d'abord servis et qu'il soit obligé de partager le reliquat avec tous les actionnaires indistinctement ou seulement avec ceux dont les actions n'avaient pas été amorties au cours de la société, ou bien qu'ils partagent le capital social comme si rien ne s'était passé, solution qui du reste ne se rencontre jamais dans la pratique, sauf bien entendu lorsque toutes les actions ont été amorties ; tout cela ne nous embarrasse pas : puisque les actionnaires, soit au moment de la constitution de la société, soit au cours de celle-ci en se conformant aux règles posées par le législateur à propos des assemblées générales, sont parfaitement libres de fixer les droits de chacun d'eux comme bon leur semble, pourvu qu'ils respectent l'article 1855 du Code civil. Les porteurs d'actions de jouissance conservent donc tout naturellement leur qualité d'actionnaires et c'est ce qui explique qu'ils puissent participer aux assemblées générales, et céder leurs titres. De même, le deuxième alinéa de l'article 1855 ne donne absolument aucune peine à expliquer, puisque

rien n'est changé au fond, et que l'apport de l'actionnaire dont le titre a été amorti reste dans la société et par conséquent est exposé à toutes les poursuites des créanciers ; c'est ce que voulait et c'est tout ce que voulait le législateur de 1804 lorsqu'il nous disait : « ... Il « en serait de même de la stipulation qui affranchirait « de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets « mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs « associés ». Comme nous sommes loin des développements de M. Valéry sur le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*. Il est une chose qui dans la théorie du remboursement soulève une grave difficulté et qui dans la nôtre n'en soulève aucune : je veux parler des hypothèses où la somme donnée en amortissement n'est pas égale à la valeur nominale de l'action ; en effet, ce remboursement qui consiste dans le versement d'une somme supérieure ou inférieure à celle due n'est pas une chose bien naturelle. Au contraire, si l'on voit dans la somme versée à l'actionnaire amorti une somme prélevée sur les bénéfices, il n'y a pas d'embarras à avoir, car cette somme on en fixe le montant comme l'on veut et il n'y a aucune raison pour qu'elle soit forcément égale à la valeur nominale de l'action.

SECTION II. — Des divers auteurs qui se sont prononcés en faveur de notre opinion.

§ 1. — M. Thaller.

C'est M. Thaller, le distingué professeur de Droit commercial à l'Université de Paris, qu'il convient de citer le premier.

C'est en effet lui, le premier, qui a montré, dans l'édition de 1900 de son *Traité de Droit commercial*, l'inanité de l'opinion courante sur notre question, et a le premier ébauché la théorie que nous soutenons aujourd'hui. M. Thaller est revenu à plusieurs reprises sur cet intéressant sujet. Il a d'abord écrit une préface pour l'ouvrage de M. Maria, il a ensuite consacré à la défense de son opinion quelques numéros de l'édition de 1904 de son *Traité de Droit commercial* et enfin il a écrit un article fort remarquable dans le *Journal des Sociétés* (1906, 11, 483).

Dans son édition de 1900 (n° 588), comme dans celle de 1904 (n° 583), c'est à propos des obligations que M. Thaller s'occupe de l'amortissement des actions : après nous avoir dit que c'était surtout dans les sociétés exploitant une concession sur le domaine public, qu'on rencontrait l'amortissement des actions, il compare ce dernier avec celui des obligations. Nous connaissons déjà les différences qui existent entre les deux institu-

tions et nous ne ferons que les rappeler brièvement sans insister :

1° (N° 584) L'amortissement des actions ne donne pas droit à une prime de remboursement ;

2° (N° 584) L'obligation remboursée n'a plus aucun lien avec le siège social. L'actionnaire ne sort pas de la société, mais il bénéficie de moindres avantages que par le passé, ce qui est naturel ;

3° (N° 586) L'amortissement des actions ne doit s'exercer que sur les bénéfices. Les obligations formant dette, le tirage des séries exigibles doit s'effectuer avant tout calcul des bénéfices et même en leur absence.

Ensuite M. Thaller, au n° 587, commence à poser sa grande distinction entre les sociétés ordinaires, les seules, d'après lui, qui pratiquent réellement l'amortissement, et les sociétés concessionnaires ; et ne s'occupant que des premières, il nous dit : « Dire qu'il y a eu rem-« boursement de sa part dans le capital n'est pas exact. « Le capital ne peut pas être à la fois demeuré intact « et avoir fait retour à l'actionnaire. Ce serait un *non-« sens*. Il y a eu prélèvements de bénéfices, dérogation « légitime au principe de l'égalité des actionnaires, au « profit du titre désigné par le sort, sauf à son porteur « à subir une loi inverse, à se contenter d'un dividende « moins fort que celui des autres ». Avant d'aller plus loin, il nous faut faire toutes les restrictions nécessaires sur ce « principe de l'égalité des actionnaires », dont nous aurons à reparler longuement à propos de la thèse

de M. Maria et particulièrement du chapitre où il fait intervenir les lois de 1902 et 1903. Reprenons la citation commencée : « D'où ces conséquences : 1° pas de publi-
« cité nécessaire de cet amortissement ; 2° maintien
« pour l'action de jouissance du droit de concourir aux
« assemblées générales avec des droits de vote égaux
« à ceux d'une action de capital à moins que les statuts
« n'en aient autrement décidé : *aussi bien l'apport de*
« *l'actionnaire est-il demeuré dans le fonds social en*
« *dépit des apparences, et cet actionnaire est-il inté-*
« *ressé à la prospérité de la société autant que les autres,*
« *sous la seule réserve d'un premier dividende* ».

Tout cela est fort remarquable et se passe de commentaires. Mais au numéro 588, M. Thaller s'occupe des sociétés concessionnaires ; il y a là une des faces de notre question si importante que nous avons estimé devoir y consacrer une partie spéciale que nous placerons à la fin de cette étude.

M. Thaller termine par quelques remarques que nous ne pouvons pas ne pas signaler.

N° 590: « Les statuts pourraient décider que l'amortis-
« sement des actionnaires emportera sortie complète
« de la société pour l'actionnaire une fois remboursé au
« moyen des bénéfices, et ne donnera pas lieu à la déli-
« vrance d'un titre nouveau ; en ce cas, son concours
« aux assemblées générales postérieures, n'aurait plus
« de raison d'être ». Ce passage vient confirmer ce que nous avons déjà dit et ce que nous aurons l'occasion de

développer longuement dans la partie suivante à savoir que, somme toute, c'est, en dernière analyse, à la volonté des parties qu'il faut s'en référer.

« 2° Mais soit que le remboursement doive se faire à « charge de délivrer un titre de jouissance, soit qu'il y « ait lieu de l'opérer d'une manière plus radicale, il faut « qu'il ait été prévu par les statuts. Une assemblée géné- « rale extraordinaire, au cours du fonctionnement de la « société ne pourrait pas, même dans les conditions « réglées par l'article 31 de la loi de 1867, décider une « pareille mesure. Ce serait porter atteinte aux droits « individuels des actionnaires et par là même aux bases « essentielles de la société ».

On retrouve là des idées chères à M. Thaller. Pour celui-ci, si les assemblées générales doivent avoir des pouvoirs très étendus, presque illimités, elles sont cependant obligées de respecter les droits essentiels des actionnaires, et sur ce dernier point M. Thaller est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, nous dit M. Morel : « a décidé qu'il appartient aux « assemblées générales constituées, conformément aux « dispositions de l'article 31, de délibérer souverainement « sur les modifications des statuts ». La jurisprudence de la Cour de cassation a été suivie par les tribunaux de commerce. M. Morel, qui a consacré un cha-

(1) Note de M. Thaller sous un arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile) du 30 mars 1892 dans le recueil de jurisprudence de Dalloz (Dalloz, 93, 1, 105 et s.).

pitre spécial à cette question, conclut dans le même sens que M. Thaller, et il nous en donne une excellente raison : « En avait-on le droit ? nous dit-il ; certainement « non, car la répartition des bénéfices est une base « essentielle du pacte social. Pour s'en convaincre, il « suffit de supposer la situation inverse. Après plusieurs « années d'amortissement, la majorité des actions ayant « été amortie, leurs titulaires jugent bon de décider que « dorénavant, il n'y aura plus de prélèvement sur les « bénéfices, plus de création d'actions de jouissance, et « que les dividendes seront répartis également entre « tous les actionnaires. On crierait à l'injustice et l'on « aurait raison, car, dit-on, il avait été convenu dans le « pacte social (ou dans une assemblée extraordinaire si « on l'admet) qu'une partie des bénéfices servirait à « créer un fonds d'amortissement ; or, les sommes ver- « sées ne sont plus rapportables, si on supprime désor- « mais le fonds d'amortissement, les actionnaires dont « les titres ont été amortis garderont ce qu'ils ont reçu, « et concourront avec les actionnaires non remboursés ; « puisqu'ils sont la majorité, ils peuvent faire la loi. Ils « auront une situation privilégiée...

« Or, si l'on admet le principe que l'assemblée extra- « ordinaire peut, par modification des statuts, décider à « volonté l'amortissement des actions, on doit admettre « qu'elle peut supprimer cet amortissement, dans les « mêmes conditions, et nous voyons, à quels résultats « inattendus on peut arriver ».

M. Houpin, au n° 918 de son *Traité des Sociétés*, est aussi du même avis ; cependant, il fait une restriction qui nous semble très raisonnable et très admissible, elle vise le cas où tous les actionnaires seraient d'accord. En effet, dans ce cas-là les dangers qui résultent du principe d'une minorité liée par la majorité sont écartés ; par conséquent, peuvent aussi être écartées les mesures de précaution prises par le législateur pour diminuer ces causes de danger et dans ces conditions rien n'empêche plus d'appliquer le droit commun. Enfin, M. Thaller, au n° 591, nous parle de la disposition de l'article 70 ajouté à la loi de 1867 par la loi de 1893 qui est venue trancher une controverse importante et donner tort à la jurisprudence antérieure. Il faut supposer qu'une action ou qu'une obligation, car c'est la même chose pour les deux espèces de titres, a été désignée au tirage au sort comme devant être amortie, que l'actionnaire ou l'obligataire par ignorance est venu réclamer le paiement intégral de sa part dans les bénéfices et que la société par négligence a continué à le payer. Lorsque l'intéressé voudra se faire donner la somme importante à laquelle il avait droit, la société pourra-t-elle lui retenir le montant des intérêts payés en trop ? Avant la loi du 1er août 1893, grande discussion et jurisprudence favorable aux sociétés, mais depuis cette date, plus de doute possible, car nous lisons dans l'article 70 : « Dans les cas où les sociétés ont continué à payer les intérêts ou dividendes des « actions, obligations ou tous autres titres, rembour-

« sables par suite d'un tirage au sort, elles ne peuvent « répéter ces sommes lorsque le titre est présenté au « remboursement ».

A cette question, s'en greffe une autre fort intéressante aussi, et que M. Morel (page 127) formule comme suit : « Au cas où une société ayant désigné par voie de « tirage au sort certaines actions pour être amorties, « les propriétaires ne s'étant pas présentés, viendrait à « faire de mauvaises affaires, y aurait-il lieu d'admettre « le concours des titulaires d'actions désignées avec les « créanciers? » Cette difficulté fort voisine de la précédente n'a pas été tranchée par le législateur ; sa solution dépend de l'explication qu'on donne de l'amortissement, aussi, nous ne nous en occuperons que plus tard en étudiant les conséquences diverses qui découlent des différentes théories que nous avons étudiées.

Laissons de côté pour le moment la préface que M. Thaller a écrite pour la monographie de M. Maria, et jetons un rapide coup d'œil sur son article paru dans le *Journal des Sociétés* (1906, 11, 482).

M. Thaller en faisant un rapide compte rendu du travail de M. Maria, confirme ce qu'il nous avait déjà dit dans son *Traité de Droit commercial* et appuie de son autorité l'opinion de cet auteur. Il passe en revue et réfute les diverses objections de M. Valéry ; nous avons déjà dit ce qu'il fallait penser à ce sujet, et nous n'avons pas à y revenir.

M. Thaller divise son article en deux parties bien dis-

tinctes : dans la première, il s'occupe des sociétés ordinaires, les seules d'après lui, qui pratiquent réellement l'amortissement ; dans la seconde, il étudie les sociétés concessionnaires qui ne font pas de l'amortissement à proprement parler parce que les sommes qu'elles y emploient ne constituent pas des bénéfices nets. Occupons-nous maintenant de la première partie.

Nous n'avons rien de bien particulier à y signaler : nous attirerons seulement l'attention sur la critique de l'expression d'action de jouissance : « ... mais c'est bien « du chef de sa mise toujours incorporée au capital de « la société et qui, en réalité, ne lui a point fait retour « qu'il viendra annuellement toucher la part de béné- « fices nets qui lui est conservée. Par où l'on voit com- « bien les mots sont trompeurs ! L'action dont nous par- « lons après l'amortissement dont elle a été l'objet ne « devrait pas s'appeler action de jouissance ; mais « *action de capital avec jouissance amoindrie* ». Nous nous associons volontiers à cette critique, quoique cependant vouloir changer une expression connue et adoptée par tous me semble quelque chose d'inutile et parfois même de dangereux ; d'autant plus qu'en bien cherchant on trouverait peut-être que celle proposée laisse encore à désirer : en effet, ce qui se trouve diminué du fait de l'amortissement, ce n'est pas seulement le droit au bénéfice, c'est-à-dire la jouissance du capital, mais encore le droit de l'actionnaire sur ce capital lui-même.

Signalons en second lieu un passage où se trouve nettement déterminé ce qu'il faut entendre par capital social et qui diffère du tout au tout des dissertations de M. Valéry sur le même sujet : « Il convient en cette matière « d'avoir toujours présent à l'esprit le rôle que tient le « capital social par rapport à l'ensemble de l'actif d'une « société anonyme. Etendre la notion du capital à toute « valeur produite par le jeu des opérations de la société, « appréhendée par elle, mise à la disposition des action- « naires est une véritable hérésie. Le capital est une « valeur fixe, un minimum d'actif dont la société ne doit « pas se dessaisir sous peine de manquer à la parole « donnée aux tiers. L'actif, au contraire, est essentielle- « ment variable : à peine l'exploitation commencée, « toute parité cesse entre l'actif et le capital. Ce qui « excède le minimum promis aux créanciers et formant « leur gage est en dehors du capital, n'a point à en obser- « ver la loi. Valeur *essentiellement distribuable*, le « bénéfice, en même temps qu'il se détache du capital, « se détache aussi des apports ramassés dans ce capi- « tal et retenus captifs par lui ».

M. Thaller, à la page 493, dit quelques mots de ce qui se passera à la liquidation de la société, et notamment de ce qu'il adviendra des parts de fondateurs, nous y reviendrons en étudiant l'ouvrage de M. Maria. Après avoir exposé sa théorie et l'avoir appuyée dans une note de l'autorité des auteurs allemands, M. Thaller ajoute : « Elle ne va pas jusqu'à éliminer complètement de la

« théorie l'idée que l'actionnaire, par suite de l'amortissement, a reçu une somme destinée à jouer pour lui un rôle de capital. Tant qu'il s'agit de déterminer la nature de l'opération dans les relations de la société entre ses membres, la provenance de la somme est seule à considérer : mais si l'on se tourne dans une autre direction, si l'on cherche à dégager les rapports que ce versement de sommes fait naître entre l'actionnaire et ses propres ayants cause, la vérité change de face. Il ne s'agit plus alors de statuer dans l'ordre du droit des sociétés, mais de régler des prétentions mutuelles entre patrimoines privés. Les conflits se trancheront d'après la destination que la somme doit recevoir aux mains de la personne qui la touche, sans que l'origine des fonds intervienne comme un facteur du débat ».

La somme versée aux actionnaires à titre d'amortissement est une partie des bénéfices, et conserve ce caractère par rapport à la société et à ses créanciers.

1° *Par rapport à la société.* — Il en résulte que l'actionnaire continue à rester actionnaire, à contribuer aux pertes, à avoir droit au dividende, etc...

2° *Par rapport à ses créanciers.* — Il en résulte que ceux-ci ne peuvent pas exiger ce que M. Valéry désigne sous le nom de rappel de fonds.

Mais ces sommes, une fois dans le patrimoine de l'actionnaire, il nous faut les considérer comme un capital

par rapport aux ayants cause de cet actionnaire. Il résulte de là toute une série de conséquences.

M. Maria est du même avis que M. Thaller.

De cette manière, entre la théorie classique et celle de ces auteurs il n'y a presque plus de différences relativement aux conséquences qui en découlent et cela fait tomber certaines objections faites au système de MM. Thaller et Maria. Ainsi, M. Bouvier-Bangillon nous dit : « Supposons que les actions sorties au tirage appar-
« tiennent à deux personnes différentes, à l'une pour
« l'usufruit, à l'autre pour la nue-propriété. Si on con-
« sidère l'amortissement comme un prélèvement des
« bénéfices, ne doivent-ils pas être attribués à l'usufrui-
« tier ? Si on admet cette solution on arrive à un résul-
« tat bien peu satisfaisant : si la liquidation se solde
« sans bénéfices, les actions restant à amortir exercent
« un droit préférable quant à la distribution du capital,
« et très certainement ici le nu-propriétaire profitera de
« l'amortissement, et cependant ce droit préférable des
« actions non amorties sur le capital est la contre-partie
« des sommes perçues au cours de la société par les
« actions amorties. On voit alors, ce qui est profondé-
« ment illogique, les droits respectifs de l'usufruitier et
« du nu-propriétaire dépendre de ce double fait que les
« actions sont ou non sorties au tirage au cours de la
« société, et que la liquidation se solde en bénéfices ou
« en pertes ».

Ces critiques peuvent être renouvelées chaque fois

qu'il s'agit d'hypothèses analogues, c'est-à-dire, chaque fois que l'on est obligé de distinguer entre capital et revenus, soit parce qu'il y a plusieurs intéressés comme par exemple à propos du régime matrimonial, soit parce qu'il y a une des deux espèces de biens qui est l'objet d'un impôt, soit parce que les pouvoirs de l'intéressé ou des intéressés ne sont pas les mêmes sur les deux sortes de biens. Les partisans de l'opinion classique, M. Valéry en tête, et M. Bouvier-Bangillon dont le système se rapproche du précédent critiquent sévèrement l'opinion qui voit dans l'amortissement une distribution spéciale et privilégiée de bénéfices, précisément parce que les conséquences qui sembleraient en découler logiquement sont différentes de celles qu'ils admettent, et ils semblent même y voir une raison suffisante pour repousser cette opinion.

Avec la restriction ingénieuse de MM. Thaller et Maria, ces reproches tombent d'eux-mêmes, car les conséquences des deux doctrines, à ce point de vue, sont absolument identiques. Nous examinerons plus tard dans une partie spéciale quelles sont ces conséquences ; pour le moment, contentons-nous d'examiner la valeur du point de départ.

M. Thaller et Maria, après avoir envisagé l'amortissement, au point de vue des rapports entre les associés, la société et les créanciers de celle-ci et y avoir vu une distribution de bénéfices, s'occupent de la somme donnée en amortissement une fois qu'elle est dans le patri-

moine de l'actionnaire, et ils la considèrent alors comme un capital ; suivant l'expression de M. Maria, page 44 : « Il nous faut envisager l'action à un double point de « vue : 1° au point de vue juridique ; 2° au point de vue « financier ».

M. Maria élargit le débat et y enveloppe « toutes les « réserves accumulées (réserve légale, réserves extraor- « dinaires, fonds de prévoyance et autres) qui auront « été constituées au cours de la vie sociale par un pré- « lèvement annuel sur les bénéfices ». Et il ajoute : « La « seule différence est que, dans les sociétés qui ont « admis l'amortissement, la répartition des bénéfices « accumulés, pour une partie tout au moins (le fonds « d'amortissement) aura eu lieu par anticipation, tan- « dis que, dans les autres sociétés, cette répartition est « renvoyée à l'époque de la liquidation ».

Ces auteurs espéraient ainsi désarmer leurs adversaires ; et il est certain qu'après avoir lu le dernier passage de M. Maria que nous venons de citer, on ne se laisse plus arrêter par ce que nous dit M. Bouvier-Bangillon au *Journal des Sociétés* (1906, 4, 150) : « Si, au « lieu de distribuer une part de bénéfices au cours de la « société à titre d'amortissement, on s'était borné à « mettre en réserve cette portion de bénéfices pour venir « grossir le capital social, et maintenir le rapport du « capital social et du capital actions, il est généralement « admis que l'usufruitier est sans droit sur cet accrois- « sement social. Et cependant que la part de bénéfices

« soit distribuée au cours de la société sous forme d'amortissement, ou soit seulement (réunie au capital « social) distribuée avec le capital social, n'est-il pas « évident que les droits respectifs de l'usufruitier et du « nu-propriétaire devraient toujours être identiquement « réglés ? »

Malheureusement pour ces deux auteurs, ils ne font que tomber de Charybde en Scylla : car M. Valéry prétend qu'il y a dans leur système une contradiction ; voici ce qu'il nous dit à ce propos à la page 46 de la *Revue générale du Droit* (année 1906) : « Après avoir proclamé que « sa théorie à la différence de la théorie courante est absolument conforme aux exigences de la logique et de la loi, M. Maria la met de côté, quand il se trouve obligé de déterminer le caractère des sommes payées aux titres amortis. Au point de vue juridique, dit-il, ces sommes constituent un dividende extraordinaire et c'est bien là la conséquence ou pour mieux dire « l'essence même de son système. Mais, comme on se « rappelle, il se hâte d'ajouter qu'au point de vue financier il en va tout autrement : ces sommes constituent non pas un revenu, mais une valeur de capital. Soit ; seulement, les juges qui auront à trancher des questions de ce genre et qui consulteront l'ouvrage de « M. Maria devront-ils adopter le point de vue juridique « ou bien le point de vue financier ?

« S'ils se rangent au premier avis, ils aboutiront à une « absurdité féconde en suites déplorables, car il est bien

« certain que lorsqu'une personne, après avoir acheté « une action de Suez au cours de 4.520 fr., reçoit quel- « ques jours après peut-être, à la suite d'un tirage, une « action de jouissance cotée 3.729 fr., et une somme de « 500 fr.; cette somme représente une partie du capital « qu'elle avait déboursé, et il serait dangereux, quand « cet argent est touché par un administrateur légal, qu'il « pût, le considérant comme un revenu, ne pas lui don- « ner l'affectation prescrite par la loi pour tous les capi- « taux qu'il est appelé à encaisser. S'ils adoptent le point « de vue financier, d'abord ils violeront la loi, — du « moins suivant l'interprétation que M. Maria lui donne, « — et en tout cas ils commettront des inconséquences « dont cet auteur paraît ne pas avoir eu conscience. En « effet, d'une part, la personne qui touchera la somme, « un usufruitier, par exemple, devra la considérer « comme un simple revenu, mais, d'autre part, elle devra « subir la perception de l'impôt de 4 %. Ce n'est pas « tout, M. Maria décidant que les titres amortis conti- « nuent à donner droit au paiement de l'intérêt, la per- « sonne qui a la jouissance d'un de ces titres profitera « donc à la fois et de cet intérêt et de l'intérêt produit « par le placement de la somme versée ».

Et d'abord « les magistrats qui auront à trancher des questions de ce genre », ne seront pas dans l'embarras comme le prétend M. Valéry, car il n'y a pas chez MM. Thaller et Maria la confusion que l'on voudrait nous y faire trouver : les deux points de vue auxquels se pla-

cent successivement ces deux auteurs sont bien distincts, et il est très aisé de savoir si telle ou telle question se rattache au point de vue juridique ou au point de vue financier.

Cela dit, examinons les reproches adressés par M. Valéry au point de vue financier. Les rapports entre chaque associé, la société et les créanciers de celle-ci, n'ont rien à voir avec les rapports de chaque associé et de ses ayants cause, par suite, on peut sans trop d'inconséquence considérer, en songeant aux premiers, que l'on se trouve en présence d'un revenu, et en songeant aux seconds, d'une somme capitale : et M. Maria nous dit à la page 48 que « ce résultat est amené par des considé-« rations extérieures, purement financières, dans les-« quelles la société n'a rien à voir, et qui sont sans réper-« cussion sur les rapports juridiques que nous avons « développés et qui doivent exister entre la société et ses « actions. »

Cependant, malgré l'autorité de MM. Thaller et Maria, nous n'adopterons pas leur manière de voir.

Et d'abord nous verrons prochainement que les conséquences auxquelles nous arrivons sont très admissibles et n'ont en elles-mêmes rien de choquant. Pour le moment, examinons la théorie elle-même.

Nous avons vu que c'était avec une partie des bénéfices qu'il était procédé à l'amortissement ; si cette partie avait été distribuée avec le reste, aucune difficulté ne se serait élevée et personne n'aurait songé à faire de dis-

tinction ; pourquoi alors veut-on en créer ici ? Quelle raison en aurait-on ? Dira-t-on que sans cela on est obligé d'admettre des conséquences qui choquent l'esprit et qui lèsent certains intérêts ? Mais nous verrons qu'au fond ces conséquences se trouvent, pour des raisons diverses, atténuées dans ce qu'elles pourraient paraître avoir de trop rigoureux et que généralement ainsi elles se rapprochent assez de celles qui résultent de l'opinion adverse. En outre, s'il en est quelques-unes pour lesquelles il existe des différences profondes, de quoi légitimement pourrait-on se plaindre ? La clause d'amortissement est sans doute très licite, mais elle n'est nullement imposée par le législateur, et on peut même dire que celui-ci semble jusqu'ici l'avoir ignorée, par conséquent elle ne doit en rien changer le caractère des sommes qui y sont employées ; or, ces sommes sont des bénéfices auxquels le législateur a attaché certains caractères particuliers qui doivent leur être conservés tant que la loi elle-même n'y a pas apporté de dérogations. Et que l'on ne m'objecte pas avec M. Thaller que « la somme « remboursée a pour celui qui la reçoit une destination « d'épargne et non de consommation ». Sans doute l'institution de l'amortissement implique un conseil, « le conseil de ne pas gaspiller la somme reçue, mais au contraire de l'économiser ». Mais il n'y a pas là autre chose qu'un conseil donné à un particulier par un particulier, et qui peut être donné pour tous les revenus quels qu'ils soient : un bon père de famille doit s'arranger autant

qu'il le peut pour économiser une partie de ses revenus ou de ce qu'il gagne. Mais tout cela n'enlève pas le caractère de bénéfice aux sommes consacrées à l'amortissement, et s'il est permis d'en manifester quelques regrets, au point de vue pratique, par exemple en ce qui concerne le mineur émancipé, ce n'est pas à l'interprète de la loi mais au législateur lui-même qu'il faut s'adresser. En outre, M. Maria a eu tort de vouloir élargir le débat et y faire entrer toutes les réserves accumulées (réserve légale, réserves extraordinaires, fonds de prévoyance et autres). Nous répéterons ici ce que nous avons dit précédemment ; pour ces réserves il faut faire une distinction : il en est qui, soit de par la loi, soit en vertu d'une clause spéciale des statuts, sont créées pour venir en quelque sorte augmenter le capital social, et qui, par conséquent, tombent dans le gage des tiers, des créanciers de la société : ces réserves doivent donc être assimilées au capital social. Mais, celles que les associés ont décidé de faire dans leur propre intérêt et non dans celui des créanciers de la société, il faut les considérer comme partie intégrante des bénéfices et leur reconnaître tous les caractères attachés à ceux-ci.

Pour en finir avec cette question il ne nous reste plus qu'à examiner un argument invoqué par M. Maria. Voici comment raisonne ce dernier : la valeur de négociation d'une action s'écarte presque toujours de sa valeur nominale. Il faut envisager seulement le cas où la première est supérieure à la seconde et considérer que l'excédent

n'est pas au sens juridique de ce mot un *revenu;* M. Maria précise à la page 46 : « Le titre d'action peut être assimilé à tout autre bien mobilier ou immobilier dont la différence constitue une plus-value du capital. » Cela est certain et nous n'avons rien à ajouter ; il est incontestable que si un individu achète une maison au prix de 50.000 fr., et que s'il la revend 75.000 fr., parce que, par exemple, le quartier où se trouvait cet immeuble a prospéré dans des proportions très notables, les 25.000 fr. de plus-value constituent un accroissement du capital, autrement dit une valeur de capital. Mais M. Maria examinant ce qui se passe au moment de l'amortissement, nous dit qu'un individu qui a payé une action 4.000 fr. et qui reçoit quelques jours après 3.500 fr., ne peut pas ne pas considérer cette somme de 500 fr. comme un capital, car elle vient compenser la dépréciation subie par son action de jouissance, et M. Maria ajoute : « L'action-« naire n'a rien perdu à l'opération, mais il n'a rien « gagné. »

Si, une fois que l'actionnaire a reçu ce que M. Maria appelle ailleurs et non sans raison un dividende privilégié, l'action vient à diminuer de valeur, non seulement d'une valeur égale à ce dividende privilégié, mais d'une somme parfois plus forte, ce qui, entre parenthèse, malgré les dires de M. Valéry, se comprend fort bien, car il faut tenir compte non seulement du dividende privilégié que touche l'actionnaire actuel et que ne touchera pas son successeur, mais encore de l'intérêt fixe auquel les por-

teurs d'actions amorties n'ont plus droit, et de la diminution de leur droit sur le capital social à la liquidation de la société ; cette diminution de valeur, loin de prouver que l'amortissement n'est pas un avantage, prouve au contraire que c'en est un très sérieux pour celui qui en bénéficie, puisqu'une fois qu'il est effectué le titre diminue de valeur. En outre, il faut songer qu'il n'est au monde aucune affaire, si prospère soit-elle, qui ne soit exposée à être soudain l'objet d'une débâcle qui réduira son capital social à néant. Dans ces conditions, les actionnaires qui ont touché la prime d'amortissement sont plus heureux que les autres, puisqu'ils ont encaissé davantage. Mais si l'action une fois amortie baisse de valeur dans une proportion se rapprochant assez de la somme donnée à l'actionnaire amorti, s'ensuit-il que cette somme doive être considérée comme un capital ? M. Maria se prononce pour l'affirmative, mais nous ne pensons pas comme lui. En effet, pourquoi la valeur représentative du titre, autrement dit sa valeur nominale, baisse-t-elle ? Est-ce parce qu'on aura rendu au propriétaire ancien ou récent de ce titre une partie de sa valeur actuelle, partie qui est généralement la valeur totale qu'il avait au jour de son émission ? Non, et je crois que MM. Thaller et Maria seraient malvenus de nous contredire, eux qui ont repoussé avec la plus grande énergie toute idée de remboursement.

En réalité, si l'action de jouissance vaut beaucoup moins que l'action de capital, c'est parce que le porteur

de la première n'a plus l'espérance de toucher le gros dividende auquel la seconde donne encore droit, et qu'en outre parce qu'elle donne droit à une part moindre dans les bénéfices d'abord, et ensuite peut-être dans le capital social. Il résulte logiquement de là que cette somme qu'a reçue l'actionnaire amorti ne peut être considérée à aucun point de vue comme une partie du capital déboursé. On peut rendre la chose plus frappante en se servant d'une comparaison.

Voici un individu, propriétaire de hangars ou d'une usine au bord d'un fleuve, sur une langue de terre qui peut être emportée par une crue très forte ou au contraire peut se trouver éloignée de l'eau par suite d'envasements, ce sont des hypothèses qui n'ont rien d'extraordinaire à l'embouchure d'un grand nombre de cours d'eau. Notre individu loue son local à un prix raisonnable, et en outre il convient avec le locataire que celui-ci, à un moment donné, lui versera une somme très forte constituée avec des retenues faites et à faire sur les loyers, ou bien qu'à partir d'un certain moment ce locataire paiera à l'avance un grand nombre de loyers et qu'en compensation le prix de location jusqu'à la fin du bail sera diminué dans telle proportion déterminée. Comme par hypothèse, d'une part, le bail est très long, et que, d'autre part, le capital social, c'est-à-dire l'immeuble en question risque d'être anéanti ou de perdre presque toute sa valeur, il est absolument incontestable que si le propriétaire cherche à le revendre après avoir

touché la somme convenue, il ne pourra en retirer qu'un prix moindre que celui auquel il l'avait acquis. Cependant ne faut-il pas dire que cette somme, constituée avec des retenues faites sur les loyers, ou bien représentant un certain nombre de loyers à venir, n'est pas du tout une partie du capital employé pour l'achat de cet immeuble ?

Je sais parfaitement qu'on pourrait me faire pas mal de reproches, mais, comme je l'ai dit, ce n'est qu'une simple comparaison ; or, l'on sait que toute comparaison pèche par quelque côté, et si je me suis cru autorisé à faire celle-ci, c'est en lisant ces mots de M. Maria que nous avons déjà cités : « Le titre d'action peut être assimilé à tout autre bien mobilier ou immobilier. » Enfin, M. Thaller invoque en faveur de sa théorie certaines décisions de jurisprudence et une note de M. Labbé (1).

Il ne semble pas cependant qu'il y ait là des arguments bien concluants en sa faveur. En effet, cette note et ces arrêts visent des hypothèses un peu différentes de la nôtre : ils parlent de prélèvements faits sur les bénéfices dans le but d'augmenter le capital social soit pour pouvoir faire honneur aux engagements de la société et payer ses créanciers, soit pour étendre ses opérations ; et c'est ce qu'on peut lire en toutes lettres dans le second arrêt cité. Mais ces bénéfices ainsi prélevés, pour être

(1) Req., 14 mars 1877, Grenoble, 20 mars 1876, société d'Anzin ; S., 78, 1, 5 et note de M. Labbé. — Civ. rejet, 5 février 1890, aff. Castillon, D., 90, 1, 300.

incorporés au capital social de manière à l'augmenter, sont dans une situation bien différente de ceux consacrés à l'amortissement. Ces derniers sont toujours distribués aux actionnaires absolument comme les dividendes, l'intérêt fixe ; il n'y a qu'une chose de particulière à signaler, la rupture de l'égalité entre actionnaires. Mais il n'en résulte pas qu'on soit en présence d'une valeur de capital. Quant à la note de M. Labbé, si on devait accepter tout ce qui nous y est dit, ce n'est pas M. Thaller qui devrait l'invoquer, mais M. Valéry, et avec lui tous les auteurs qui analysent l'amortissement en un remboursement. Mais M. Labbé fait la même confusion que celle que nous venons d'indiquer, et dont nous avions eu déjà l'occasion de parler à plusieurs reprises.

§ 2. — **M. Maria.**

Après M. Thaller il faut parler de M. Maria, car ce sont ses idées qui se rapprochent le plus de celles de M. Thaller. Il y a là quelque chose de tout à fait remarquable : en effet, M. Maria ignorait complètement le système proposé par M. Thaller, et c'est de lui-même, d'une façon toute spontanée, qu'ayant été amené à réfléchir sur cette matière de l'amortissement des actions, il adopta des conclusions qui étaient fort semblables à celles de M. Thaller. Celui-ci en fut très heureux, car il y avait là, comme il l'a fait remarquer lui-même dans l'avant-propos qu'il a écrit pour l'ouvrage de M. Maria,

un argument très fort en faveur de la thèse soutenue par les deux auteurs.

Dans cet avant-propos, M. Thaller s'expliquant sur la confusion faite dans l'opinion publique et chez la plupart des auteurs, nous indique que cette confusion résulte de ce qui se passe dans les grandes compagnies de chemins de fer qui les premières ont pratiqué l'amortissement. Dans ces compagnies, de même que dans toutes celles qui exploitent une concession, l'amortissement, suivant MM. Thaller et Maria, se fait avec le capital social. Nous n'allons pas entrer à présent dans cette discussion, nous avons déjà dit que la question pouvait parfaitement se traiter en laissant momentanément de côté l'hypothèse des grandes compagnies concessionnaires ; en effet, pour celles-ci, il s'agit uniquement de savoir si elles sont ou non dans une situation spéciale, et si par conséquent on peut ou non leur appliquer les mêmes règles qu'à celles dont le capital social ne doit pas être acquis à titre gratuit, au bout d'un certain temps, par une personne administrative quelconque. Disons simplement que nous nous prononcerons formellement contre l'opinion de MM. Thaller et Maria.

M. Thaller approuve la distinction faite par M. Maria relativement aux deux points de vue auxquels on peut envisager la somme donnée à l'actionnaire à titre d'amortissement. Pour lui comme pour M. Maria, l'aspect du problème doit se modifier suivant qu'il s'agit de régler les relations de la société soit avec ses membres, soit

avec les tiers, ou « qu'il s'agit des rapports de l'action-
« naire avec un de ses ayants cause, usufruitier ou époux
« commun, etc. » Nous avons longuement examiné les arguments invoqués par ces deux auteurs, ainsi que les critiques que M. Valéry leur a faites, nous avons indique quelle était la solution qui nous semblait la meilleure, nous n'avons pas à y revenir pour le moment.

Mais si jusqu'à présent nous n'avons trouvé sous la plume de M. Thaller que des louanges pour les idées émises par M. Maria, il y a cependant un point sur lequel M. Thaller formule une restriction (page XIV): « M. Maria
« fait état des deux lois de 1902 et 1903 qui ont sanc-
« tionné la pratique des actions de priorité, pour justi-
« fier l'amortissement qui aboutirait selon lui à un pri-
« vilège comparable.

« Ce rapprochement ne paraît pas de nature à fortifier
« sa thèse : il détourne même un instant l'attention du
« véritable objet sur lequel s'exerce la sagacité de l'au-
« teur. Notre jurisconsulte irait-il jusqu'à prétendre
« que, puisque l'assemblée générale extraordinaire peut
« aujourd'hui décréter au cours de la société l'émission
« d'actions privilégiées, elle pourrait également, malgré
« le silence des statuts, décider que les actions seront
« désormais sujettes à un amortissement par voie de
« tirage ? La conclusion ne laisserait pas d'être témé-
« raire. A peine est-il besoin d'ajouter que ma remarque
« n'infirme nullement la valeur du travail. »

Sans doute, M. Maria parle un peu longuement de ces

deux lois et semble ainsi leur donner une importance qu'elles n'ont pas pour nous ; on peut même se demander ce que vient faire dans cet ouvrage le commentaire de l'article 2. Cependant, il semble fort légitime de parler de ces deux lois ; car somme toute, il est incontestable que l'institution de l'amortissement déroge au principe de l'égalité des actionnaires, et, que, si ces dérogations ont toujours été admises par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, il faut bien reconnaître qu'autrefois il y a eu discussion, discussion que les lois indiquées ont désormais complètement rendue impossible. D'autant plus que M. Maria n'assimile pas, comme a l'air de le laisser entendre M. Thaller, les deux espèces d'actions au point d'admettre qu'une assemblée générale peut, sans clause spéciale des statuts, décider qu'il sera créé des actions de jouissance, comme elle pourrait le faire pour des actions de priorité ; c'est du reste ce que nous a dit M. Maria lui-même dans le passage suivant (page 13) : « Dans bien des sociétés il est, en vertu soit des statuts, « soit des délibérations de l'assemblée générale extra- « ordinaire *prises en conformité d'une prévision statu-* « *taire*, créé un fonds d'amortissement des actions... »

Si M. Thaller, à part cette légère restriction, n'a pas ménagé ses marques d'approbation à M. Maria, il n'en est plus de même de M. Valéry. Nous ne reviendrons naturellement pas sur les objections faites par M. Valéry et auxquelles nous avons déjà répondu, mais ce qui va nous arrêter ici ce sont seulement les particularités de

l'ouvrage de M. Maria qui ont attiré les critiques de M. Valéry.

Je crois que le plus simple est de suivre ce dernier dans ses développements. Le professeur de Montpellier analyse l'œuvre de M. Maria dans les deux phrases suivantes : 1° Les sommes payées aux actions dont les « numéros sont sortis au tirage d'amortissement consti- « tuent non pas le remboursement du capital de ce titre, « mais la distribution d'un dividende extraordinaire ; « 2° s'il peut en être ainsi, c'est que les lois de 1902 et de « 1903, en autorisant la création d'actions de priorité, « ont permis de porter atteinte au principe de l'égalité « entre les actions d'une même société. »

M. Valéry commence par s'occuper du second point qui n'a, comme il le dit lui-même, qu'une portée secondaire. Quoique nous en étant déjà occupés, nous reviendrons encore sur la manière spéciale dont M. Maria a développé les arguments tirés de ces deux lois, et sur les critiques auxquelles sa manière de faire a donné naissance.

Nous avons déjà dit et répété que l'actionnaire dont le titre est désigné au tirage d'amortissement peut se considérer comme fort heureux, puisqu'il touche, peut-être un des premiers, une somme importante constituée avec des bénéfices qui normalement devaient revenir à ses coassociés ; et qu'en compensation de cette faveur on modifie légèrement sa situation dans la société et en particulier ses droits sur les bénéfices et sur le capital social ;

que, du reste, ces modifications pouvaient être telles que les voulaient les intéressés, c'est-à-dire les rédacteurs des statuts qui avaient pour se mouvoir un champ d'exercice presque illimité. Tout cela, en même temps que fort légitime, est fort simple et n'a rien que de très naturel ; mais M. Maria a, semble-t-il, trop insisté et s'est laissé aller à des raisonnements qui ne sont pas faits pour fortifier la thèse qu'il soutient. M. Maria prétend que les actions de capital constituent des actions de priorité par rapport à celles qui sont déjà amorties.

Cela est très contestable, parce que l'espoir pour les actions de capital de toucher la même somme que les actions de jouissance ne constitue pas une supériorité, même si cet espoir se réalise, ce qui, du reste, n'arrive malheureusement pas toujours. Ce sont les premiers amortis, comme l'a si judicieusement fait remarquer M. Morel, qui peuvent être considérés comme les plus favorisés, et si M. Maria s'en était rendu compte, il ne se serait pas exposé au reproche que M. Valéry lui adresse en ces termes : « Il est assez étrange que les « mêmes titres acquièrent et perdent tour à tour leur « caractère de titres de priorité. »

M. Valéry tire une objection de ce qu'on ne peut pas considérer forcément, du moins à ce qu'il prétend, comme un avantage pour l'actionnaire de voir son titre désigné au tirage au sort. Cette objection s'adresse non seulement à M. Maria, mais à tous ceux qui soutiennent la même thèse ; nous en avons du reste déjà parlé pour la

réfuter. Nous avons vu ce qu'il fallait penser de l'argument que le professeur de Montpellier tire de l'examen de la cote de la Bourse et comment il fallait expliquer que « le cours d'une action amortie, soit souvent inférieur au cours des titres non amortis, non pas seulement d'une somme sensiblement égale à sa valeur nominale, mais d'une somme beaucoup plus importante ». Nous nous contenterons d'ajouter que cette manière d'envisager les choses est, comme nous l'a fort bien montré M. Morel, contraire à l'opinion publique et à celle des associés.

Après avoir examiné la question à la fois préliminaire et secondaire, M. Valéry passe à la théorie elle-même. Il reproche sévèrement à M. Maria certaines contradictions. La première se rencontre à propos du paiement de l'intérêt : « A peine a-t-il décidé que les actions de jouissance doivent donner droit, comme par le passé, au paiement de l'intérêt, qu'il conseille aux fondateurs de la société d'insérer dans les statuts une clause qui supprime ce droit. »

Il est certain qu'en lisant dans le livre de M. Maria, la fin de la page 42 et le commencement de la suivante, on ne peut se défendre d'un mouvement de surprise, tout comme M. Valéry. Mais en y réfléchissant, on s'aperçoit vite que s'il y a quelque chose de choquant c'est plutôt dans la forme que dans le fond. M. Maria a posé le principe que l'action de jouissance ne diffère pas de l'action de capital ; il a raison jusqu'à un certain point, car le

titulaire de l'action de jouissance est aussi bien un membre de la société que le porteur d'une action de capital ; et, somme toute, rien n'empêcherait que les actionnaires amortis continuassent à conserver leur ancien titre avec des droits absolument égaux, non seulement quant à leur nature, mais encore quant à leur *quantum*, à ceux qu'ils avaient antérieurement : cela pourrait se comprendre dans une grande compagnie concessionnaire à qui l'Etat aurait garanti un bénéfice minimum, de sorte que, tous les actionnaires étant sûrs d'être amortis, le seul avantage possible pour eux serait de voir leurs titres amortis avant ceux des autres, avantage relativement faible et pour lequel on pourrait se passer de compensation ; cependant, il faut reconnaître que si cette hypothèse n'a en elle-même rien d'inadmissible, elle ne se rencontre pas dans la pratique. Le tort de M. Maria, fort excusable du reste, si l'on songe qu'il a été un des premiers à écrire sur cette matière, est d'avoir posé son principe avec trop de raideur, d'avoir manqué d'un peu de souplesse. C'est encore le même défaut que l'on retrouve dans le passage qu'il consacre à la liquidation de la société. Toujours embarrassé par la manière dont il a posé son principe, alors que la seule chose sur laquelle il fallait insister, c'était la liberté de conventions des parties, M. Maria s'est livré à une longue dissertation dont le manque de clarté n'est pas le seul défaut.

Partant toujours de la même idée, M. Maria conclut à la page 21 : « que la répartition, si le capital est demeuré

« intact, se fera également entre toutes les actions, sans « aucune distinction entre les actions non amorties et « les actions de jouissance. »

Le tort de M. Maria, du moins à mon avis, est de faire de cette manière de distribuer le capital social, une conclusion nécessaire de sa théorie. Sans doute, la combinaison qu'il vient de nous indiquer se comprendrait à la rigueur, mais elle ne s'impose pas, car si les actionnaires sont libres de répartir entre eux les dividendes comme ils l'entendent, ils sont également libres de modifier leurs droits réciproques sur le capital social. Tout cela est fort logique et fort simple, et on ne comprend pas que M. Maria, surtout après avoir consacré tout un chapitre aux lois de 1902 et 1903, ait pu s'embarrasser là dedans et s'exposer aux critiques de MM. Valéry et Bouvier-Bangillon. En effet, il est bien certain qu'en dehors de toute application de l'idée d'amortissement, il peut être décidé dans les statuts que certaines actions donneront sur le capital social des avantages particuliers, par exemple le droit de priorité, et cela n'est même plus contestable depuis la loi de 1903, que M. Maria, comme nous l'avons dit, a citée tout au long. Avec un peu plus de souplesse et d'habileté, cet auteur n'en serait pas arrivé à écrire cette phrase d'un effet plutôt malheureux: « Nous-« même, pourquoi le nier ? avons été émus d'un tel résul-« tat juridique qui semble bien peu équitable. » En résumé, pour le partage du capital, à la liquidation de la société, pas de système spécial à imposer en vertu de

notre doctrine, du moins telle que nous la comprenons, les actionnaires sont parfaitement libres, lors de la rédaction des statuts, de s'arranger comme il leur plaira, pourvu, naturellement, qu'ils ne violent pas de textes législatifs.

Quant aux parts de fondateurs dont parle M. Maria, je crois que c'est très simple. De l'avis unanime, les parts de fondateurs, qu'il importe de ne pas confondre avec les actions, donnent des droits sur les bénéfices, mais n'en donnent pas sur le capital social. Par conséquent, pour les bénéfices, on fera comme on voudra, les statuts peuvent parfaitement décider ce qu'il leur plaît. Mais quant au capital social, les porteurs de parts n'y ont aucun droit : et même si ce capital a augmenté de valeur pendant la durée de la société, les parts de fondateurs ne doivent donner, me semble-t-il, aucun droit sur cette plus-value. Soit un immeuble situé dans une localité peu importante au moment de la fondation de la société, mais qui l'est devenue depuis, cet immeuble se revend beaucoup plus cher que ce qu'il a été acheté, les parts de fondateurs ne donnent pas droit à cette différence.

Dans le cas d'une société prospère à sa dissolution, les bénéfices que fera ressortir le dernier inventaire seront distribués aux actionnaires sous forme d'intérêts fixes, de dividendes, d'amortissement, les porteurs de parts de fondateurs pourront y exercer les mêmes droits que ceux qu'ils ont exercés les années précédentes, ou même des

droits plus forts si les statuts leur en ont réservés pour le dernier bilan. Mais là s'arrêtent leurs droits, ils sont exclus du partage du capital social et par conséquent de l'excédent de valeur que se trouve avoir acquis ce capital au moment de la dissolution de la société. Enfin, M. Valéry envisage la distinction faite par M. Maria et aussi par M. Thaller à propos du point de vue juridique et financier ; nous nous sommes longuement occupés de cette question, nous n'avons pas à y revenir ici.

§ 3. — M. Morel.

Passons maintenant à la thèse soutenue à Paris, en 1903, par M. Jules Morel, sous la présidence de M. Thaller.

M. Morel, suivant en cela un plan très sage, commence par nous faire la genèse historique et rationnelle de cette institution qu'on appelle l'amortissement. Il nous montre comment elle est la conséquence extrême d'un désir fort légitime, qu'on rencontre et qu'on a rencontré de tout temps chez ceux qui consentent à risquer de l'argent dans une entreprise dont la direction est entre les mains d'un autre individu, autrement dit à constituer une société ; ce désir est celui de limiter le plus possible les risques à courir. Primitivement, tout le patrimoine des associés était engagé, et cela se retrouve encore dans certaines sociétés, puis, peu à peu, et c'est avec un vrai talent que M. Morel nous montre comment cela s'est fait, les risques ont été limités à l'apport, et enfin l'apport lui-même,

du moins à ce qu'il paraît, a été soustrait aux chances de pertes, grâce à l'amortissement. M. Morel nous montre le succès que cette institution n'a pas tardé à rencontrer, et il nous explique clairement quelle erreur l'opinion publique a commise en y voyant un remboursement du capital apporté. Il expose avec clarté et netteté toutes les manières dont l'amortissement fonctionne en pratique et les points sur lesquels tout le monde est d'accord; partant de là, il réfute la théorie classique et expose ensuite la sienne, qui consiste à voir dans l'amortissement une répartition importante des bénéfices.

M. Morel distingue suivant qu'il s'agit des rapports entre la société et les associés ou des rapports entre la société et des tiers. Mais ces tiers dont parle M. Morel ne sont pas les ayants cause de chaque associé, ce sont, au contraire, les créanciers de la société ; et, à ce point de vue, il est amené à s'occuper de l'hypothèse d'un amortissement opéré avec les bénéfices fictifs ; nous n'en dirons rien pour le moment, car ici les solutions varient suivant la théorie admise, et nous nous réservons de jeter un coup d'œil sur cette question en étudiant les conséquences diverses qui résultent des différents systèmes adoptés. Toujours dans le même chapitre, M. Morel étudie l'hypothèse où les actionnaires désignés par le sort ne se sont pas fait payer avant la faillite de la société. Nous en avons déjà parlé en rendant compte du numéro 570 de l'ouvrage de M. Thaller et nous nous contentons de poser le même renvoi que précédemment.

M. Morel consacre un chapitre spécial aux sociétés concessionnaires, il y prend nettement partie contre MM. Thaller et Maria. Enfin, il termine son ouvrage en s'occupant de deux questions spéciales ; de la première : « A quel moment peut-on décider la création d'actions de jouissance ? » nous en avons déjà parlé à propos du n° 590, 2°, de l'ouvrage de M. Thaller, nous n'avons plus à y revenir ; quant à la seconde, relative à l'impôt sur le revenu, nous en parlerons dans la deuxième partie.

M. Morel n'a donc pas divisé son sujet comme M. Maria ; il n'a pas distingué le point de vue juridique et le point de vue financier. Il semble même avoir totalement ignoré ce dernier, car on ne le voit nulle part s'occuper des questions qui s'y rattachent, comme celle des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire, ou celle des pouvoirs du tuteur, du mineur émancipé ; cependant, il consacre quelques lignes à celle relative à l'impôt sur le revenu ; et à en juger par ce qu'il dit à ce propos, on peut conclure qu'il n'aurait pas adopté la manière de voir de MM. Thaller et Maria. En effet, on peut lire à la page 182 : « Pour ce qui concerne « l'impôt sur le revenu, toutes les actions sans distinc- « tion étant sujettes à la taxe dès qu'elles produisent un « revenu pour le propriétaire, les actions de jouissance « devront le payer comme les actions de capital. Cet « impôt est de 4 % sur tous les bénéfices, revenus, émo- « luments procurés pour les actionnaires.

« Cet impôt de 4 % sera donc dû dans notre système

« sur la somme que l'on versera aux titulaires des « actions amorties, car nous avons vu que ce qu'on « appelle l'amortissement, n'est autre chose qu'une « répartition importante de bénéfices. Si on considérait « qu'il y a remboursement, la somme payée ne serait « pas soumise à cet impôt. »

Avant de terminer cette partie de notre travail, je veux résumer brièvement la théorie que j'ai tâché d'exposer et de défendre de mon mieux.

Les actionnaires, maîtres absolus des bénéfices, décident dans les statuts ou dans une assemblée générale pourvu que les statuts aient prévu le cas, qu'une certaine part des bénéfices sera prélevée pour constituer un fonds d'amortissement ; que ce fonds, une fois qu'il aura atteint une certaine importance, servira à donner à un certain nombre d'actionnaires dont les titres seront désignés par un tirage au sort, une somme soit égale à leur mise, soit légèrement inférieure ou supérieure. Cette institution, qui rappelle un peu ce qui se passe dans les sociétés d'assurances et d'épargne, contient un conseil de sagesse et d'économie, mais en outre, comme elle procure à ceux qui en bénéficient, surtout à ceux qui en bénéficient les premiers, des avantages très notables, les statuts indiquent de légères compensations qui seront accordées aux autres actionnaires ; il n'y a là du reste rien d'obligatoire. Le plus généralement on supprime aux actions déjà amorties : 1° le droit à l'intérêt fixe ; 2° le droit de venir partager également le capital social ou du moins ce qu'il

en reste à la fin de la société. On pourrait aussi diminuer leur droit de prendre part aux assemblées générales : dans un certain nombre de sociétés, ne peuvent participer à ces assemblées que ceux qui ont un certain nombre d'actions ; on pourrait alors décider que deux actions de jouissance, par exemple, ne compteront que pour une dans le calcul du nombre des actions exigées. De même pour les actions que les administrateurs sont obligés de déposer en garantie. En pratique, ces deux restrictions ne se rencontrent jamais.

Pour constater l'amortissement dont une action a fait l'objet et la nouvelle situation qui en résulte pour son titulaire, on donne à celui-ci en échange de son titre primitif un titre nouveau qu'on appelle action de jouissance, expression qui n'est pas très exacte mais qui présente le grand avantage d'être connue de tous et qui représente d'assez loin sans doute, mais cependant suffisamment, la situation de quelqu'un qui n'a qu'un droit d'usufruit ou de jouissance.

L'important, ce sur quoi nous devons attirer l'attention, c'est qu'il n'y a là dedans que la volonté des parties qui ait à intervenir : les bénéfices appartiennent aux associés dès le début de la société, par conséquent dès ce moment-là, pourvu naturellement que les créanciers n'aient pas à se plaindre de fraudes commises à leur encontre, les actionnaires peuvent en faire ce qu'ils veulent, et il en est de même pour le capital social à la dissolution de la société ; ils n'ont qu'à respecter les pres-

criptions du reste fort libérales du législateur, et notamment celles de l'article 1855 du Code civil. Le principe de l'égalité entre actionnaires, principe qui n'a jamais été sérieusement admis, car l'article 34 du Code de commerce, comme le fait, fort judicieusement, remarquer M. Valéry, était « une disposition d'un caractère plutôt descriptif qu'impératif », et en tout cas il ne peut plus gêner personne depuis la nouvelle législation. Je n'ai naturellement pas à revenir sur les avantages de notre théorie par rapport aux autres qui analysent l'amortissement soit en un remboursement réel, soit en une sorte d'avancement d'hoirie, soit en un achat d'actions. Quant aux conséquences des diverses théories, et particulièrement de la nôtre, c'est ce dont nous allons nous occuper immédiatement.

DEUXIÈME PARTIE

DES DIVERSES CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DE CHACUN DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES SOUTENUS

Il semble au premier abord que chacune des théories que nous avons exposées doive entraîner un très grand nombre de conséquences fort différentes de celles des autres ; cependant il nous faut dire ici, dès le début, d'abord que la plupart des différences qui existent ne présente guère qu'un intérêt secondaire, comme nous le fait remarquer M. Thaller (*Journal des Sociétés*, 1906, 11, 483), et ensuite que ces différences ne sont pas très nombreuses.

La raison en est facile à donner, il suffit de rappeler ce que nous avons déjà dit, que nous nous trouvions en présence d'une matière où c'était la volonté des parties qui faisait tout, autrement dit que ce dont nous avions à nous occuper ce n'était que les diverses clauses d'un contrat ; or, en matière de contrats, les conventions font la loi des parties, pourvu naturellement qu'elles ne se heurtent pas à un texte formel du législateur. Par conséquent, quel-

que système que l'on invoque, il faut bien s'incliner devant l'évidence, c'est-à-dire devant les différentes solutions que l'on trouve dans les statuts des sociétés, alors même qu'elles sembleraient être en pleine contradiction avec la thèse élaborée ; et ainsi bien des différences sont supprimées, mais il n'en est pas moins intéressant de savoir quelle est la théorie adoptée, car lorsque toutes ont le même point d'arrivée, cela ne veut pas dire qu'elles suivent toutes le même chemin : les partisans de certaines d'entre elles sont obligés de faire de véritables tours de force pour expliquer ce qui avec d'autres au contraire s'explique peut-être tout seul.

Cependant, il ne faut pas exagérer et dire qu'il n'y a qu'un intérêt purement platonique à opter pour telle théorie plutôt que pour telle autre, car il y a vraiment des points pour lesquels existent des différences très réelles quoique parfois légèrement atténuées par des dispositions législatives qui n'ont pas été écrites directement pour la matière des sociétés.

Pour mettre un peu d'ordre et permettre de suivre nos développements avec plus de facilité, nous diviserons cette deuxième partie en trois chapitres, consacrés successivement aux conséquences relatives : 1° au droit commercial ; 2° au droit civil ; 3° au droit fiscal.

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERSES CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES SOUTENUS AU POINT DE VUE DU DROIT COMMERCIAL

---

§ 1. — L'amortissement est-il définitif ?

Nous allons commencer par rechercher si la somme versée à l'actionnaire dont le titre a été désigné au tirage au sort n'est pas dans certains cas susceptible d'être répété, autrement dit si l'amortissement est définitif.

A proprement parler, il y a là moins une conséquence des diverses théories qu'une partie intrinsèque de celles-ci, c'est ce que nous avons déjà dit à propos de l'article de M. Valéry. Celui-ci, en effet, voit dans l'amortissement quelque chose d'analogue à un avancement d'hoirie, par conséquent l'obligation au rapport fait partie intégrante de son système, ce qui n'en est pas une cause de supériorité. Nous ne reviendrons pas sur les critiques qui lui ont été adressées. Il nous faut cependant citer le passage suivant de M. Thaller (*Journal des Sociétés*, 1906, 11, 491) : « Mais cette nécessité d'un reversement « paraît absolument contraire à l'intention des parties ;

« elle jetterait dans les affaires une insécurité manifeste;
« sans parler de ce qu'il y a d'inconséquent à conférer
« ce rappel de fonds aux actionnaires sans l'accorder
« aux créanciers pour le cas où la société deviendrait
« insolvable. »

Nous aurions pu faire cette citation au moment où nous nous sommes spécialement occupé des articles de M. Valéry ; mais nous avons préféré la réserver pour ce chapitre, afin de bien montrer que M. Thaller admet que dans les sociétés ordinaires l'amortissement est définitif et par conséquent que ce qu'il dit sur ce point à propos des sociétés concessionnaires a été généralisé à tort par M. Morel. Pour l'éminent professeur de Paris il y a un abîme entre les deux espèces de sociétés au point de vue de l'amortissement des actions : les sociétés ordinaires y procèdent avec leurs bénéfices, de sorte qu'il est définitif comme toute distribution des bénéfices faite sous n'importe quelle autre forme ; les sociétés concessionnaires y consacrent leur capital lui-même, d'où il résulte qu'il n'est pas irrévocable, et même qu'il ne constitue pas un véritable amortissement. Et M. Thaller ajoute que cette opération qu'on appelle à tort amortissement et qui n'est au fond qu'une restitution du capital, place les bénéficiaires dans une situation comparable à celle des porteurs d'actions qui ne seraient libérées d'aucune manière. Sans entrer pour le moment dans l'étude de cette importante question on peut voir l'abîme creusé par M. Thaller entre les deux catégories de sociétés, et com-

ment la solution qui s'impose pour l'une n'influe absolument en rien sur celle admise pour l'autre par le professeur de Paris.

§ 2. — Les actions de jouissance donnent-elles le droit à leurs porteurs de prendre part aux Assemblées générales ?

Nous nous trouvons maintenant en présence d'une solution admise dans tous les systèmes mais qui ne s'y explique pas dans tous de la même façon.

Les auteurs qui rapportent l'opinion classique, depuis Dalloz jusqu'à M. Houpin, se contentent de constater que les actions de jouissance donnent le droit d'assister aux assemblées générales ; mais ils n'en indiquent pas d'autres raisons que celle-ci, fort vague du reste, que l'actionnaire dont le titre a été amorti n'en reste pas moins actionnaire. Il y a là une véritable pétition de principe, mais nous n'allons pas, naturellement, revenir sur tout ce qu'a d'illogique et de peu satisfaisant l'opinion classique ; constatons seulement que nous avons là un nouvel exemple des difficultés qu'elle fait naître. Nous ne croyons pas que M. Valéry, malgré toute son habileté, arrive à faire cadrer d'une manière parfaite ce droit que donne l'action de jouissance avec l'idée d'un remboursement réel. Il voit dans ce droit la conséquence de sa définition de l'action de jouissance : « Action dont la « valeur se trouve diminuée du montant du capital qui « a été remboursé à son porteur. » Non seulement on ne

peut pas admettre que c'est le capital social qui est rendu aux actionnaires, et nous croyons l'avoir suffisamment démontré, mais en outre, si la définition de M. Valéry était exacte, on ne voit pas bien ce que pourrait être la valeur d'une action de jouissance lorsque l'action de capital vaudrait exactement sa valeur nominale, c'est-à-dire la somme qui est *remboursée*. M. Maria a adressé par avance d'autres objections à la thèse que devait soutenir M. Valéry, et voici ce qu'il nous dit à la page 17 de son livre : « Nous avons dit plus haut qu'il était presque « unanimement reconnu aux porteurs d'actions de jouis- « sance le droit que nous ne leur contestons pas, du « reste, de participer aux assemblées générales.

« Comment ces actions seront-elles comptées *pour le « calcul du capital représenté* ?

« Pour la valeur des actions de capital auxquelles elles « ont été substituées ? C'est impossible ; ce capital a « été remboursé, on ne peut le faire revivre. Pour leur « valeur intrinsèque ? Mais elles n'ont aucune valeur « nominale puisqu'elles ne représentent plus qu'un droit « aux bénéfices.

« Supposons encore une société dont l'actif, par suite « de pertes subies, serait réduit au chiffre strictement « nécessaire pour garantir aux actions non amorties le « remboursement de la partie de capital qu'elle repré- « sente. Supposons, d'autre part, une réunion de l'as- « semblée générale qui aurait à se prononcer sur une « proposition d'une gravité telle que son adoption ou

« son rejet puisse compromettre la société. Peut-on « admettre que la décision à intervenir puisse dépendre « d'une majorité qui pourrait très bien n'être formée que « par des porteurs d'actions de jouissance, c'est-à-dire « par ceux-là mêmes qui, ayant été antérieurement rem- « boursés du capital de leurs actions, n'ont plus qu'un « intérêt médiocre, sinon nul, à la conservation de ce qui « reste de l'actif social ? »

On pourrait objecter à M. Maria que, quelque système théorique que l'on ait adopté, le même inconvénient se retrouve ; car les droits qui appartiennent aux porteurs d'actions de jouissance sur le capital dépendent uniquement des statuts et non de la théorie adoptée. Qu'on analyse l'amortissement en un remboursement ou en une distribution de dividendes ou en un rachat, les titulaires des actions de jouissance risquent également de ne rien toucher du capital social, et par conséquent, dans tous les cas, n'ont plus qu'un intérêt médiocre, sinon nul, à la conservation de ce qui reste de l'actif social. Mais la première objection demeure entière ; et s'il est permis de juger un arbre à ses fruits, nous avons là une raison de plus pour rechercher dans l'amortissement autre chose qu un remboursement réel et effectif. Si l'on admet au contraire que l'amortissement n'est qu'une distribution spéciale de dividendes, la chose est très simple : l'actionnaire dont le titre est sorti au tirage continue tout naturellement à rester actionnaire, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois ; par consé-

quent, si sa situation dans la société peut être modifiée, si certains de ses droits au moins quant à leur quantum peuvent être modifiés, ceux qui sont essentiels sont intangibles, et nous avons vu que le droit d'assister aux assemblées générales était un de ces droits essentiels. C'est aussi ce que nous dit M. Thaller dans le passage suivant (*Journal des Sociétés*, 1906, 11, 493) : « Le por-
« teur de l'action de jouissance, n'ayant pas cessé de
« faire partie du corps composant le capital social, a
« droit d'entrée aux assemblées, et, à moins que les
« statuts n'en aient autrement décidé, fait nombre pour
« ses actions sur le même pied qu'un actionnaire en
« capital. »

Et c'est à peu près la même chose que nous voyons dans l'ouvrage de M. Maria.

Quant à M. Bouvier-Bangillon, pour qui l'amortissement n'est qu'un achat d'action sous déduction d'une jouissance laissée à son ancien propriétaire, il doit probablement expliquer le droit pour celui-ci de prendre part aux assemblées générales, en voyant dans ce droit la jouissance du droit de l'actionnaire. Pour ma part, je trouve que c'est une drôle de jouissance que celle qui consiste à venir prendre part à des délibérations qui pourront rouler non seulement sur les revenus, mais encore sur le capital lui-même, que M. Bouvier-Bangillon, malgré l'amortissement, reconnaît être resté intact. Voilà donc un point sur lequel le système du professeur

d'Aix ne satisfait pas l'esprit et se heurte à une difficulté très sérieuse.

§ 3.— Les actions de jouissance donnent-elles le droit de prendre part aux bénéfices pendant le cours de la société et au partage du capital social à sa dissolution.

Ce sont à peu près les mêmes réflexions que suggère cette règle que l'on retrouve dans les statuts de toutes les sociétés qui pratiquent l'amortissement, et en vertu de laquelle les porteurs d'actions de jouissance ont droit de participer aux distributions de bénéfices pendant le cours de la société, et au partage de l'actif social à la dissolution. Cette double proposition, comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire, ne soulève pas l'ombre d'une difficulté dans la théorie que nous soutenons avec MM. Thaller, Morel et Maria, car, puisque la somme donnée en amortissement n'est pas autre chose qu'une fraction des bénéfices, il est tout naturel que l'actionnaire qui touche cette somme continue à faire partie de la société et par conséquent à jouir, sauf les restrictions qui peuvent très bien y être apportées, de ces deux droits, tout comme de celui de prendre part aux assemblées générales. Mais il n'en est plus de même si l'on voit dans l'amortissement un remboursement réel, et c'est ce dont on peut se persuader en lisant les articles de M. Valéry : celui-ci est obligé d'aller chercher des comparaisons avec le commerçant simple particulier, et de faire décou-

ler ces deux règles de la même définition que celle dont nous nous sommes occupé au paragraphe précédent. Du reste, nous n'avons pas à insister, car nous avons parlé de ces questions à propos des principes mêmes de la théorie ; nous nous contenterons de rappeler ce que nous avons dit à propos de la seconde en étudiant l'article de M. Bouvier-Bangillon. En vain celui-ci essaierait-il de nous échapper en prétendant que ce qui va faire l'objet du partage à la fin de la société, ce n'est pas le capital social, mais une accumulation des bénéfices. Cette proposition se comprend très bien sous la plume de M. Valéry, qui voit dans l'amortissement une restitution du capital social ; mais il en est autrement pour M. Bouvier-Bangillon, qui nous dit en termes formels à la page 147 : « Il est impossible, en effet, de considérer « l'amortissement comme un remboursement : rembour- « ser l'actionnaire, c'est lui rendre son apport ; or, on « ne peut concilier cette restitution de l'apport (ou ce « remboursement) avec le principe *du maintien du capi-* « *tal social ;* le capital social n'est autre chose que la « somme des apports, d'où la restitution d'apports « entraîne forcément *diminution du capital social.* » Par conséquent, si le capital social n'est pas diminué du fait de l'amortissement, s'il est, au contraire, conformément à la loi, maintenu dans son intégrité, c'est bien lui que nous retrouvons à la fin de la société au moment du partage, et non pas des bénéfices accumulés. Et ainsi l'objec-

tion que nous avons adressée à la théorie de M. Bouvier-Bangillon conserve toute sa force.

§ 4. — Les actions de jouissance peuvent-elles être affectées par les administrateurs de sociétés anonymes à la garantie de leur gestion.

Cette question fort intéressante est celle qui a motivé les articles de M. Bouvier-Bangillon sur cette matière.

Ici encore, la solution est très simple pour nous ; comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire un peu plus haut, tout dépend de la volonté des parties. Si les rédacteurs des statuts pensent que la perspective de toucher un bénéfice moindre au cours de la société et à sa liquidation une part de capital qui peut se réduire à néant, diminue chez les porteurs d'actions de jouissance la garantie que l'article 26 de la loi de 1867 a exigé des administrateurs des sociétés anonymes, rien ne les empêche de décider que les actions de jouissance ne suffiront pas à assurer cette garantie. Cependant si, en droit, il n'y a rien à leur objecter, il faut faire remarquer qu'ils vont se heurter à une difficulté pratique assez sérieuse : il n'y a qu'à supposer que la société continuant à prospérer, l'amortissement se poursuit régulièrement, de telle sorte que toutes ou presque toutes les actions de capital sont amorties ; dans ce cas-là, comment fera-t-on pour trouver des administrateurs ? Sans doute on pourrait décider que les actions déposées dans la caisse sociale ne pourront pas être amorties tant que durera ce

dépôt, mais cela n'empêchera pas de retrouver l'inconvénient que nous avons signalé, lorsqu'un des administrateurs se retirera de ses fonctions pour une raison quelconque et qu'il faudra lui trouver un remplaçant. Je sais bien que M. Bouvier-Bangillon, dans son article paru dans la *Revue générale du Droit*, au mois de novembre (1906), a trouvé un expédient, mais nous verrons ce qu'il faut en penser. Quoi qu'il en soit, on fera bien de ne pas s'opposer complètement à ce que les actions de jouissance puissent servir à constituer la garantie des administrateurs, tout au plus pourrait-on décider que deux ou plusieurs actions de jouissance ne compteront que pour une seule action de capital. Mais si l'on admet notre théorie, il n'y aura pas à hésiter lorsque les statuts seront muets. Le dépôt sera possible sans restriction. C'est ce que disent aussi MM. Maria, à la page 4 de son livre, Morel, à la page 105, Thaller, au *Journal des Sociétés* (1906, II, 493).

Lorsque l'on envisage l'amortissement comme le remboursement du capital apporté par l'actionnaire, il semble difficile d'admettre les administrateurs à déposer des actions de jouissance dans la caisse de la société pour la garantie de leur gestion. « Il est évident, dit M. Maria, « si l'amortissement constituait le remboursement réel « du capital de l'action, qu'il serait bien difficile d'ad- « mettre celle-ci en garantie des fonctions d'administra- « teurs, car sa valeur capitale étant éteinte, elle ne pré- « senterait plus qu'une valeur éventuelle très aléatoire ;

« et, n'ayant plus que des droits à une portion des béné-
« fices, elle serait parfaitement assimilable à de simples
« parts bénéficiaires. » C'est aussi ce que nous dit M. Valéry : « La valeur des actions de jouissance étant
« inférieure à celle des actions de capital, celles-ci seules
« doivent pouvoir être déposées dans la caisse de la
« société par les administrateurs, pour constituer la
« garantie que l'article 26 de la loi du 24 juillet 1867 les
« oblige à fournir. »

Cependant, M. Valéry termine en disant qu'il n'en sera plus de même dès que toutes les actions auront été amorties. De même si on admet avec M. Bouvier-Bangillon que les actions de jouissance ne représentent que la jouissance d'un droit, il sera difficile, nous semble-t-il, de permettre qu'elles puissent servir à constituer la garantie des administrateurs ; et, du reste, voici ce que nous lisons à la page 153 du *Journal des Sociétés*, année 1906 : « Les actions de jouissance ne peuvent pas servir
« de garantie des administrateurs des sociétés ano-
« nymes. En effet, il n'y a pas, à vrai dire, après l'amor-
« tissement action de jouissance, titre nouveau et dis-
« tinct ; il y a pour l'actionnaire amorti jouissance de
« son action dont la société est devenue propriétaire, et
« l'article 26 de la loi de 1867 exige que les actions de
« garantie soient la propriété des administrateurs. »

Et dans son article publié par la *Revue générale de Droit*, M. Bouvier-Bangillon renchérit encore. Non seu-

lement il ne veut pas que les actions de jouissance puissent être employées à la garantie des actes de gestion des administrateurs, mais encore il repousse l'atténuation proposée par M. Valéry, et voici ce qu'il nous dit : « Du jour où toutes les actions auront été amorties, cela « n'empêche pas que des actions de jouissance soient « inférieures à des actions de capital (une action de jouis- « sance est une action dont la valeur se trouve diminuée « du montant du capital qui a été versé à son porteur). »

En disant cela, M. Bouvier-Bangillon est très logique, mais ce que nous n'admettons pas, c'est son point de départ : sans doute, au moment de l'amortissement de leurs titres, les actionnaires touchent une somme égale au montant de leur capital, mais celui-ci est maintenu dans la caisse sociale et par conséquent il leur appartient encore. Cela pourrait peut-être faire l'ombre d'un doute lorsque toutes les actions ne sont pas amorties, car alors on pourrait dire que le capital social se concentre sur la tête des seuls porteurs d'actions de capital, mais cela n'en fait certainement plus une fois que toutes les actions ont été amorties : il faut se rappeler en outre ce que nous avons dit un peu plus haut à propos de la définition de l'action de jouissance donnée par M. Bouvier-Bangillon. Mais il est inutile d'insister plus longtemps sur ces questions de principe auxquelles nous nous sommes suffisamment arrêté en temps et lieu, et occupons-nous maintenant du procédé par lequel M. Bouvier-Bangillon s'efforce d'échapper à l'objection faite par M. Houpin et

dont nous avons déjà parlé : « Comment sera-t-il possi-
« ble de satisfaire à la prescription de l'article 26, quand
« toutes les actions de la société ont été amorties ? » se demande M. Bouvier-Bangillon, et il répond :

« Les actions amorties ne sont pas annulées : elles ont
« été acquises par la société, sous réserve d'une jouis-
« sance laissée aux anciens propriétaires. Pour satis-
« faire à l'article 26, il n'y aura qu'à rétablir pour cer-
« taines actions celles qui seront indispensables pour le
« dépôt de l'article 26, le *statu quo ante* : l'administra-
« teur retrouvera les actions de capital nécessaires en
« restituant simplement à la société les sommes qu'elle
« lui avait versées à titre d'amortissement. »

Cet expédient, comme le qualifie M. Bouvier-Bangillon lui-même, est inutile et illogique. En effet, cette somme dont la restitution est ainsi exigée, représente sans doute le capital social, ou du moins une partie de ce capital, il en résulte qu'une fraction du capital va se trouver deux fois dans la caisse de la société, puisque tout le monde, y compris M. Bouvier-Bangillon lui-même, est obligé d'admettre que le capital social n'avait pas été atteint par le fait de l'amortissement. En second lieu, cet expédient ne se rencontre nulle part dans la pratique, alors que cependant il y a plusieurs sociétés qui ont complètement amorti leurs actions.

§ 5. — Hypothèse d'un amortissement opéré avec des bénéfices fictifs.

M. Morel a longuement traité cette question, aussi nous allons nous contenter de résumer ce qu'il a dit.

Les actionnaires ne sont obligés de rapporter les bénéfices qu'on leur a distribués sous forme de dividendes que dans les deux cas prévus par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867 et seulement si la prescription de cinq ans établie dans le même texte ne s'est pas accomplie ; si c'est à l'amortissement des actions qu'on a procédé dans les mêmes conditions que celles indiquées à l'article 10 de la loi de 1867, que va-t-il se passer ? Qu'en sera-t-il au cas d'amortissement des sommes versées aux actionnaires dont les titres ont été désignés par le tirage au sort ? Tant que la prescription n'est pas accomplie, la solution est la même pour tous les systèmes admis : les créanciers auront le droit de réclamer le rapport des sommes versées, car tous les auteurs admettent, et ils y sont obligés, que le capital social ne peut pas être atteint par l'amortissement, et qu'ils voient dans celui-ci un remboursement, un avancement d'hoirie, un achat, une distribution de bénéfices, ils n'ont aucune raison pour s'opposer au rapport de ces sommes. Mais si une durée de cinq ans s'est écoulée au moment où les réclamations se produisent, que faut-il décider ? Pour ceux qui voient dans l'amortissement un remboursement, la prescription établie par l'article 10 ne s'oppose pas à la répétition des

sommes remboursées, car le texte de la loi ne parle que de dividendes. Il en sera de même dans la théorie soutenue par M. Valéry qui, du reste, admet cette répétition même dans certains cas en dehors de l'hypothèse de bénéfices fictifs. M. Bouvier-Bangillon ne s'est pas occupé de ce point ; cependant, étant donné qu'il considère la somme remise à l'actionnaire amorti comme un capital, il semble qu'il devrait admettre la réclamation des créanciers.

Au contraire, avec notre système, on pourra dire qu'il y a prescription. « En effet, l'article 10 dit nettement que « les dividendes ne doivent pas être rapportés ; or, notre « répartition importante des bénéfices est un dividende. « Car qu'est-ce qu'un dividende ? C'est une somme qui « représente la portion des bénéfices annuels qui est « répartie entre les actionnaires. Or, nous avons vu en « exposant notre système que les actionnaires sont libres « de faire de ces bénéfices la répartition qui leur plaît. « Dans le cas qui nous intéresse, ils ont cru à tort que « ces bénéfices existaient réellement, ils les ont répartis « comme si cela était exact ; cette répartition inégale des « bénéfices peut donc être considérée comme l'affecta- « tion d'un dividende plus important à certains action- « naires ; or, il y a eu erreur, mais l'article 10 permet « d'invoquer la prescription et ne spécifie pas que les « dividendes aient dû être égaux pour tous les action- « naires ; nous sommes donc bien dans la lettre de la « loi de 1867. »

Et M. Morel nous montre ensuite comment ce n'est pas seulement la lettre de la loi, mais encore son esprit qui est respecté avec cette interprétation : en effet, ce que le législateur a voulu en établissant cette prescription quinquennale, c'est que les actionnaires ne restent pas exposés pendant trop longtemps à l'obligation de rapporter à la société les dividendes que les administrateurs de celle-ci leur ont laissé distribuer, et qu'ils puissent ainsi en disposer à leur guise. Mais que les dividendes ainsi touchés à tort soient importants ou soient faibles, peu importe, car le législateur n'a pas fait de distinction, et le même motif se retrouve dans les deux cas. Nous ajouterons encore avec M. Morel une remarque, c'est que les créanciers n'ont pas trop à se plaindre de cette solution, car les sommes consacrées à l'amortissement ne sont généralement que fort peu de chose à côté de celles distribuées sous forme de dividendes proprement dits. En pratique, cette prescription est assez rarement invoquée à cause de la responsabilité édictée par les articles 15 et 44 de la loi de 1867 contre les gérants et administrateurs qui ont laissé distribuer les dividendes fictifs.

§ 6. — Hypothèse des actionnaires désignés par le sort et qui ne se sont pas fait payer avant la faillite de la société.

Il faut supposer naturellement qu'au moment où l'on a procédé au tirage au sort il y avait réellement des bénéfices ; car, sans cela, notre question ne se poserait même

pas, comme nous le fait remarquer M. Morel (page 128). Celui-ci nous montre que l'on a le choix entre trois partis : 1° repousser complètement les actionnaires ; 2° les admettre en concours avec les actionnaires ; 3° les leur préférer, et il ajoute que si l'on admet l'idée d'un remboursement il faut certainement les repousser complètement ; il cite même un jugement du tribunal de la Seine qui se prononce dans ce sens. Ce tribunal est parti de cette idée fort juste que l'amortissement ne pouvait se faire qu'avec des bénéfices ; mais là où, semble-t-il, il s'est trompé, c'est lorsqu'il a voulu fixer le moment où il fallait se placer pour rechercher si la société était *in bonis*, autrement dit si elle était en bénéfices : en effet, il a décidé que cette recherche pourrait être faite même lorsqu'un temps assez long se serait écoulé entre la désignation des actions à amortir par un tirage au sort et la faillite de la société ; dans ces conditions, il est tout naturel qu'il ait repoussé les actionnaires, car pour lui il n'y avait pas de bénéfice, par conséquent les créanciers devaient passer avant les associés.

Comme on peut le voir par la lecture des attendus, le tribunal n'élabore aucun système à propos de l'amortissement, il se contente de dire qu'on ne peut y consacrer que des fonds prélevés sur les bénéfices et à quel moment il faut se placer pour savoir s'il y avait ou non des bénéfices ; en résumé, il constate simplement qu'il n'y avait pas de bénéfices, et par conséquent sa décision ne peut nullement servir à nous éclairer.

M. Morel, comme on peut le voir à la page 130 de son livre, soutient que les actionnaires doivent être préférés aux créanciers ; quant à moi, je ne me prononcerai pas dans ce sens-là, quoique ayant adopté d'une manière générale la même théorie que M. Morel sur l'amortissement. Il faut indiquer d'abord que le débat doit être élargi et étendu aux dividendes proprement dits que des actionnaires ne seraient pas venus toucher ; ce ne sera pas M. Morel qui pourra m'en faire un reproche, pas plus, du reste, que les autres auteurs qui soutiennent la même théorie que lui. Or, il a été jugé à plusieurs reprises comme on peut le voir indiqué au n° 1754, v° *Sociétés*, du supplément de Dalloz (Douai, 27 janvier 1873, aff. Veuve Defrenne, D. P., 74, 1, 126 ; Requêtes, 5 août 1873, même affaire, D. P., 74, 1, 126), que des actionnaires ayant négligé d'aller retirer leurs dividendes, n'avaient que le droit de venir concourir avec les créanciers de la société ; car, quoi qu'en dise M. Morel, le déposant ne peut, au cas de faillite de son dépositaire, se prévaloir de l'article 575 du Code de commerce pour revendiquer sa chose que si celle-ci est une marchandise existant en nature et étant bien spécialisée ; c'est ce qui a été décidé dans un jugement du Tribunal de commerce de Marseille, à la date du 30 juin 1896. Du reste, le jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles (31 décembre 1881, *Journal des Sociétés*, 1881, p. 473), que M. Morel invoque en sa faveur ne lui donne pas explicitement raison ; il se contente de dire que l'action-

naire « a un droit de créance qu'il peut exercer même si la société a été déclarée en faillite » ; mais il reste à savoir si ce droit de créance ne doit pas être soumis, du fait de la faillite, aux mêmes restrictions que les autres droits, et je ne vois aucune raison pour l'en exempter.

M. Bouvier-Bangillon ne s'est pas occupé de cette question, mais je crois qu'il se prononcerait dans le sens que j'ai proposé, car les actionnaires en question sont créanciers du prix de rachat de leurs titres et leur créance est soumise comme les autres à la loi du concours.

§ 7. — Les actions n'étant pas complètement libérées au moment de l'amortissement, quelles sommes va-t-on verser à leurs titulaires ?

M. Morel est le seul auteur qui se soit occupé de cette question, il la complique encore en envisageant l'hypothèse d'une société qui aurait décidé d'amortir ses actions à 600 francs, alors qu'elle ne les aurait émises qu'à 500 francs, et il nous dit qu'avec son système rien ne s'oppose à ce qu'il soit versé 600 francs à chaque titre, j'ajoute qu'il en sera de même avec celui de M. Bouvier-Bangillon. Quant aux partisans de l'idée de remboursement, que devront-ils décider ? C'est ce que ne nous dit pas M. Morel. Il est probable que s'ils veulent faire preuve d'une logique rigoureuse, ils décideront qu'on ne remboursera aux actionnaires que la somme qu'ils ont versée, plus la part supplémentaire y afférent, soit en tout 150 francs.

M. Morel examine deux autres difficultés qui sont de nature à se rencontrer rarement dans la pratique. Il suppose que la même société, après une période de prospérité vient à avoir besoin de fonds et il se demande ce qui va se passer : « Dans notre système, dit-il, la société « aura recours à un appel de fonds, car les actions qui « ont reçu une répartition importante de bénéfices ne « sont pas libérées de ce qu'elles doivent encore à la « société, tant que la somme souscrite n'a pas été inté- « gralement versée. Elles sont tenues du non-versé.

« Dans le système du remboursement, les actionnaires « qui n'auront rien reçu, auront le droit de demander « que les sommes remboursées soient d'abord rappor- « tées, quitte à procéder ensuite, si elles sont insuffi- « santes, à un appel de fonds ». Que devront rapporter les actionnaires amortis ? Il semble que c'est tout ce qu'ils ont touché à titre d'amortissement, soit 150 francs; M. Morel dit qu'on pourrait se contenter de 125 francs, parce qu'alors la situation des actionnaires serait la même. Certes, ce n'est pas à nous à essayer de débrouiller ce réseau presque inextricable de difficultés qui résultent de la théorie de nos adversaires, contentons-nous seulement d'y attirer l'attention et particulièrement de signaler l'embarras très grand que fait naître dans la théorie du remboursement l'amortissement fait à un taux supérieur de celui auquel ont été émises les actions. Pour être complet, il nous faut encore parler de quelques petits problèmes indiqués par M. Morel :

« Ademettons qu'il n'y ait pas rapport, toutes les « actions dans l'un et l'autre système, doivent le com- « plément de la souscription, soit 375 francs par titre.

« Ces 375 francs sont versés ; la société, grâce à cet « argent peut étendre ses affaires et réaliser à nouveau « des bénéfices qui permettent d'amortir encore quel- « ques actions. Dans notre système ayant reçu la répar- « tition importante, les actionnaires amortis n'ont plus « droit à participer à un tirage au sort ». Il en sera probablement de même pour M. Bouvier-Bangillon, mais avec le système du *remboursement*, les choses ne seront pas aussi simples ; et voici ce que nous dit M. Morel : « Dans l'autre système de nouvelles difficultés surgis- « sent.

« Si on a remboursé, lors du premier tirage, 125 francs « aux actions désignées et qu'elles les aient rapportés, « elles ont droit à concourir au même titre que les autres. « Si on a remboursé 125 francs et qu'elles ne les aient « pas rapportés, va-t-on les admettre au tirage au sort « pour 475 francs (475 + 125 = 600) ou bien fera-t-on un « premier tirage pour verser 125 francs à chaque titre et « après, un second tirage pour les 475 francs ? Si on a « remboursé 600 francs à chaque titre et qu'on ait exigé « le rapport de 125 francs seulement, et que ce rapport « ait suffi, vont-elles concourir au tirage pour 125 francs? « Ou bien fera-t-on un premier tirage pour verser 475 « francs à chaque titre et ensuite un second tirage pour « les 125 francs ». Et l'on peut ainsi voir que si l'adop-

tion de telle ou telle théorie ne présente pas au point de vue commercial, des intérêts de tout premier ordre, elle n'est cependant pas sans importance, non seulement pour la satisfaction de l'esprit, mais encore pour certaines questions très pratiques qui se posent à propos : 1° de l'irrévocabilité du versement fait à l'actionnaire amorti ; 2° de la possibilité d'attribuer les actions de jouissance à la garantie des actes de gestion des administrateurs ; 3° du sort qui attend les actionnaires dont les titres ont été amortis alors qu'il n'y avait que des bénéfices fictifs ; 4° du droit des actionnaires dont les titres seraient sortis au tirage au sort à un moment où la société était prospère, mais qui auraient négligé de se faire payer, contre des créanciers sociaux, en supposant que la société soit depuis lors tombée en faillite ; 5° d'une série d'hypothèses dont nous venons de parler en dernier lieu et dont il est inutile de recommencer l'énumération.

CHAPITRE II

DES DIVERSES CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES SOUTENUS AU POINT DE VUE DU DROIT CIVIL.

C'est surtout dans ce chapitre que nous allons trouver des différences entre les diverses théories que nous avons exposées. Cependant nous verrons qu'avec la restriction apportée par MM. Thaller et Maria on arrive aux mêmes solutions que les auteurs qui ont adopté l'idée de remboursement, et que M. Bouvier-Bangillon qui considère comme un capital la somme remise aux actionnaires et dont les titres sont sortis au tirage. Cela supprime presque complètement l'intérêt pratique de toute cette discussion sur la nature de l'amortissement. Mais nous avons vu ce qu'il fallait penser de la distinction faite par MM. Thaller et Maria ; le moment est venu d'en étudier les conséquences.

Commençons par l'examen des diverses questions qui se posent à propos du mineur.

SECTION PREMIÈRE. — Questions relatives aux mineurs.

§ 1. — Mineurs non encore émancipés.

On peut voir dans l'ouvrage de M. Planiol (tome Ier, édition 1904, n° 1852), que, depuis la loi du 22 juin 1880, la Cour de cassation décide que le tuteur n'est que *l'administrateur* des biens de son pupille. Il semblerait résulter de là que les pouvoirs du tuteur sur le capital de son pupille sont nuls tandis qu'ils sont très étendus lorsqu'il s'agit de ses revenus ; ce qui fait que l'adoption de tel ou tel système relatif à l'amortissement, prendrait une importance considérable. Mais si l'on prend la peine de lire les articles 454, 1er alinéa et 455 du Code civil, on verra qu'il en est autrement. Article 454 : « Lors de l'en-« trée en exercice de toute tutelle, autre que celle des « père et mère, le conseil de famille règlera par aperçu et « selon l'importance des biens régis, la somme à « laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, « ainsi que celle de l'administration de ses biens ». Article 455 : « Ce conseil déterminera positivement la « somme à laquelle commencera pour le tuteur, l'obliga-« tion d'employer l'excédent des revenus sur la dépense : « cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, « passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'em-« ploi ». Et alors, peu importe que l'on considère comme un capital ou comme un revenu la somme remise au propriétaire des actions désignées au tirage au sort pour être amorties ; du moment que cette somme est en dehors

de celle fixée par le conseil de famille pour la dépense annuelle du mineur et l'administration de ses biens, le tuteur aura l'obligation d'en faire emploi.

Il y a cependant un cas où il en est différemment, c'est celui de jouissance légale des père et mère sur les biens de leur enfant. L'article 384 du Code civil nous dit : « Le « père durant le mariage et, après la dissolution du « mariage, le survivant des père et mère auront la jouis- « sance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de 18 ans « accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait « avoir lieu avant l'âge de 18 ans ». Par conséquent, les auteurs qui considèrent la somme consacrée à l'amortissement d'une action comme un capital, soit d'une manière absolue, soit seulement une fois qu'elle est dans le patrimoine du propriétaire de l'action et qu'il ne s'agit que de rapports de celui-ci avec des tiers, refuseront d'étendre le droit de jouissance légale des parents sur les susdites sommes.

Mais pour nous, qui admettons que cette somme n'est qu'une partie des bénéfices de la société et doit conserver ce caractère, nous dirons que les parents peuvent considérer cette somme comme se trouvant à leur disposition, tout comme n'importe quel revenu de leur enfant. Et celui-ci de quoi peut-il se plaindre ? Se trouverait-il lésé ? Pas le moins du monde, car s'il n'y avait pas eu amortissement, il n'aurait rien touché en plus, et l'on sait que l'amortissement qui est sans doute une institution fort licite, n'est pas une institution légale, je veux

dire imposée par le législateur et pouvant changer la nature de certaines sommes auxquelles celui-ci a reconnu tels ou tels caractères particuliers. En tout cas, il y a ici une excellente raison de ne pas trop s'apitoyer sur le sort des enfants, c'est l'affection que leurs parents ne manqueront pas d'avoir pour eux et qui les poussera à augmenter leur patrimoine plutôt qu'à le dilapider.

§ 2. — Mineurs émancipés.

Envisageons maintenant l'hypothèse d'un mineur émancipé. Si l'on considère soit d'une manière absolue, soit seulement d'une manière relative avec MM. Thaller et Maria, la somme remise à l'actionnaire amorti comme un capital, le mineur émancipé ne pourra pas venir toucher tout seul cette somme, il sera obligé de recourir à l'assistance de son curateur, en outre, il ne pourra pas dépenser cet argent, mais, au contraire, en devra faire emploi sous la surveillance de son curateur, car l'article 482 du Code civil nous dit : « Il ne pourra intenter « une action immobilière, ni y défendre, même recevoir « et donner décharge d'un capital mobilier sans l'assis- « tance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera « l'emploi du capital reçu ». Il est certains esprits qui ne manqueront pas de se réjouir de ce résultat : quant à nous, au contraire, qui pensons que toutes les restrictions apportées par les législations à la liberté n'ont guère pour résultat que d'entraver les gens raisonnables et consciencieux et n'ont probablement jamais empêché

qui que ce soit de se ruiner et, comme disait notre excellent Rabelais, de manger son blé en herbe, nous estimons que les conséquences de notre théorie n'ont rien de choquant ; en tout cas, elles conservent toujours leur supériorité au point de vue théorique. Si, au lieu de recevoir une partie de ses bénéfices en une seule fois, le mineur émancipé les recevait petit à petit, est-ce qu'on pourrait parler de l'article 482. Si l'on m'objecte que nous laissons ainsi de côté un excellent moyen d'économie dont on ne peut que faire la louange, étant donné surtout que le capital placé dans cette entreprise industrielle ou commerciale, risque de ne retourner à son propriétaire que fort amoindri, je me contenterai de répondre qu'il y a là une remarque fort sage sans doute, mais qu'en l'état de notre législation il faudrait un texte formel venant restreindre sur ce point la capacité du mineur émancipé ; ce qui pourrait très bien se faire tout en laissant à l'amortissement son caractère de répartition spéciale et privilégiée de bénéfices.

§ 3. — Interdits et individus pourvus d'un conseil judiciaire.

Pour le tuteur de l'interdit, pas plus que pour celui d'un enfant, il ne saurait y avoir de difficultés et par conséquent cette question n'offre pour nous aucun intérêt. Mais il en est autrement de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, on sait que celui-ci doit jouer auprès du faible d'esprit ou du prodigue le même rôle que le cura-

teur auprès du mineur émancipé, et que ce qui a été dit pour ce dernier doit être répété pour l'autre ; il en est de même à propos de notre question comme à propos de n'importe quelle autre, par conséquent ce que nous venons de dire pour le mineur émancipé est fort suffisant.

§ 4. — **Diverses hypothèses.**

Il y a encore à examiner certains cas où l'action amortie appartient à quelqu'un dont les pouvoirs sur son patrimoine se trouvent restreints. Parmi ces cas, il en est toute une série qui se rattache à la théorie de la capacité des femmes mariées, mais, vu leur importance, je crois qu'il sera plus sage de leur consacrer spécialement toute une section.

Quant aux hypothèses relatives aux collectivités qui possèdent des biens pour lesquels elles ont des administrateurs, nous n'en parlerons pas, car pour chaque collectivité il y a des lois, des règles, des statuts qui déterminent les pouvoirs de chacun de leurs rouages, et il suffira de s'y reporter ; cependant au cas de silence, de difficultés, on se rappellera du point de départ que l'on a adopté et l'on en tirera les conséquences qui en résultent logiquement. Il y a là toute une matière qui relève plutôt du droit administratif et dont l'examen nous entraînerait beaucoup trop loin.

Pour le moment, envisageons le cas d'une action qui

appartient à la fois à deux personnes, à l'une pour la nue propriété, à l'autre pour l'usufruit.

SECTION II. — Cas où une action appartient à la fois à un nu-propriétaire et à un usufruitier.

Une première difficulté se rencontre à propos de la participation aux assemblées générales d'actionnaires. M. Bouvier-Bangillon (*Journal des Sociétés*, 1906, 4, 152) la résoud d'une manière satisfaisante pour tout le monde : « Lorsque, nous dit-il, une action appartient à « l'un pour l'usufruit et à l'autre pour la nue propriété, « les deux intéressés ne peuvent figurer aux assemblées « générales, *ils doivent s'entendre à ce sujet* ».

Mais il est une difficulté plus sérieuse à laquelle on se heurte lorsque l'on recherche à qui devra être remise la somme représentant l'amortissement de cette action. Est-ce au nu-propriétaire ou bien à l'usufruitier ?

Pour ma part, je n'hésiterai pas à déclarer que cette somme doit revenir à l'usufruitier ; je crois qu'il est inutile d'insister sur les raisons de ma décision, car elle découle naturellement de tout ce que j'ai dit précédemment. Tous les auteurs, excepté M. Morel, qui ne s'est pas occupé de ces questions, sont d'un avis opposé au mien, et c'est encore très logique puisque tous considèrent cette somme comme un capital au moins dans les rapports entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

Après tout ce qui a été dit jusqu'ici, il semblerait inutile d'insister sur ma décision, elle est toute naturelle et

toute logique, étant donnés les principes que j'ai posés plus haut ; cependant, je veux m'arrêter un peu, car elle a été prise par MM. Valéry et Bouvier-Bangillon comme prétexte à de vives attaques contre la théorie elle-même que j'ai adoptée. Le nu-propriétaire, dit-on, souffre un véritable préjudice, puisqu'il va toucher un capital amoindri, alors que l'usufruitier va recevoir une somme peut-être même supérieure à ce capital. Nous répondrons à cela d'abord que si c'est lui qui, primitivement seul propriétaire de l'action, a établi sur celle-ci un droit d'usufruit au profit d'un tiers, il n'a absolument pas à se plaindre, puisque c'est lui-même qui a créé cette situation qu'il connaissait parfaitement à l'avance ; s'il se trouve dans cet état par suite d'un acte à titre onéreux, c'est encore à lui seul qu'il doit s'en prendre ; mais, si c'est par suite d'une donation, d'un testament en sa faveur, qu'il se trouve nu-propriétaire d'une action, il est bien audacieux de se plaindre de cette situation qui peut toujours malgré tout lui procurer quelques avantages et qui, en tout cas, ne lui a rien coûté. En second lieu, remarquons que si le nu-propriétaire s'appropriait la somme donnée en amortissement il lèserait les droits de l'usufruitier qui, en tant qu'usufruitier, peut légitimement compter sur tous les bénéfices de la société sous quelque forme qu'ils soient répartis. Sans doute, on peut objecter que par le fait de l'amortissement le nu-propriétaire risque de ne toucher sur le capital qu'une partie moindre que celle qu'il aurait touchée s'il n'y avait pas

eu des actionnaires non amortis prélevant sur le restant du capital social une somme égale à celle qu'ils auraient dû toucher à titre d'amortissement. Mais alors c'est tout au plus si l'on devrait décider que le nu-propriétaire prendra sur la somme donnée à titre d'amortissement une partie correspondant à la diminution de sa part sur le capital social par suite de l'amortissement. Mais cela est impossible, car comment connaître cette diminution, puisque l'action en question peut être désignée au tirage d'amortissement bien avant la liquidation, à un moment où il est tout à fait impossible de savoir : 1° dans quel état se trouvera le capital social à la fin de la société ; 2° quel sera le nombre d'actions qui n'auront pas été amorties à ce moment-là. En outre, il se peut qu'à la fin de la société toutes les actions soient amorties ; dans ce cas-là faudrait-il décider que le nu-propriétaire touchera en plus de la somme donnée à titre d'amortissement toute sa part dans le capital social ? Evidemment non, personne ne le soutient ; et les auteurs disent que le nu-propriétaire rendra à l'usufruitier ce qu'il a touché la première fois, c'est un expédient ; en outre, si l'on décide que le nu-propriétaire devra faire cette restitution lorsqu'il touchera à la fin de la société tout ce qu'il y a mis au moment de sa constitution, on est bien obligé de décider qu'il devrait faire cette restitution d'une manière partielle lorsqu'il ne lui revient qu'une partie de son apport ; cependant, nos adversaires, avec ce manque de logique qui les caractérise quelquefois, ne l'admet-

tent pas ; et leur système aboutit à léser l'usufruitier dans ses droits.

SECTION III. — Cas où une action appartient à une femme mariée.

Si nous n'avons pas encore parlé des difficultés qui se présentent à propos d'actions appartenant à une femme mariée, c'est que bien souvent le mari a, en vertu des règles établies par le Code civil à propos du régime matrimonial, une situation fort semblable à celle d'un usufruitier, et que, par conséquent, il nous a paru préférable d'étudier d'abord d'une manière générale l'hypothèse d'une action appartenant à un nu-propriétaire et à un usufruitier.

Tout le monde sait que la femme mariée est frappée d'incapacité et qu'elle ne peut agir que si elle est autorisée par son mari. Cette autorisation, en principe, ne peut être que spéciale ; cependant, à ce principe, le Code civil apporte trois dérogations dont la principale a trait aux actes d'administration. Voici ce que nous dit à ce propos l'article 223 du Code civil : « Toute autorisation générale même stipulée par un contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » Lorsqu'on veut savoir si un acte peut être ou non considéré comme un acte d'administration, on doit rechercher s'il est relatif à des revenus ou à des capitaux. Soit une femme qui a reçu de son mari l'autorisation générale d'administrer ses biens ; une de ses actions est désignée

pour être amortie, cette femme va-t-elle pouvoir toucher la somme versée aux actionnaires amortis et, si oui, peut-elle en disposer comme d'un revenu ordinaire ? Il est certain qu'avec notre théorie, l'affirmative s'impose pour les deux questions. Mais avec celles qui voient dans la somme donnée à l'actionnaire amorti une valeur de capital, c'est au contraire par la négative qu'il faut répondre sans hésiter pour la seconde question ; quant à la première, il peut y avoir doute, il s'agira de déterminer l'étendue du pouvoir d'administration de la femme ; celle-ci, comme le tuteur, peut-elle recevoir un capital et en donner décharge, ou bien, au contraire, comme un mineur émancipé, ne peut-elle que percevoir ses revenus? L'étude de cette question concerne plutôt les auteurs de Droit civil et sort complètement du cadre de notre sujet.

Le mot *dot* pris au sens étroit du mot est le bien que la femme *apporte* au mari pour supporter les charges du mariage (art. 1540 C. c.); mais il faut donner à ce mot « apporte » un sens particulier : en effet, il ne s'agit pas de ce que la femme apporte d'une manière vague, de ce qu'elle possède ; il s'agit de biens dont le mari obtient la *jouissance*, dont *il gagne les revenus*. Il faut donc pour qu'il y ait dot que la femme ait transféré à son mari, soit la propriété, soit *tout au moins la jouissance*. Si une femme a donné à son mari la pleine propriété d'une action, il est certain qu'il ne saurait y avoir la moindre difficulté; mais si elle lui en a seulement procuré la jouis-

sance, on se rend compte qu'il va en être autrement lorsque cette action sera désignée par un tirage au sort pour être amortie. Quels vont être les droits du mari ? La réponse, ici encore, variera suivant que l'on a adopté la même manière de voir que nous, ou bien quelqu'une des théories qui considèrent soit d'une manière absolue, soit simplement d'une manière relative, la somme versée à l'actionnaire amorti comme une valeur de capital. Et c'est surtout avec le régime de communauté que se montre l'intérêt pratique qui s'attache à l'adoption de telle ou telle théorie, car sous ce régime, à tous ses degrés, tous les biens de la femme sont dotaux, c'est-à-dire que le mari, en tant que représentant la communauté, en a la jouissance. Et c'est absolument la même chose sous le régime appelé « sans communauté ».

Occupons-nous maintenant du régime dotal. Les biens de la femme se divisent en deux catégories, les biens dotaux et les biens paraphernaux. En principe, les biens sont paraphernaux, la dotalité étant l'exception ; nous n'avons pas à déterminer ces deux catégories de biens, indiquons seulement les pouvoirs des époux sur l'une et l'autre. Pour les biens dotaux dont le mari est devenu propriétaire il n'y a pas de difficulté. Quant à ceux dont la propriété reste à la femme, comme c'est la règle, le mari acquiert sur eux : 1° un droit d'administration ; 2° un droit de jouissance. A propos de ce second droit se représente le même intérêt que nous avons signalé tout à l'heure, d'autant plus qu'ici la similitude entre le

mari et l'usufruitier est fort grande, comme on peut le voir au n° 1516 du Traité de M. Planiol. Mais l'intérêt grandit encore à cause du principe de l'inaliénabilité de la dot.

Sans doute, à propos de la dot mobilière le principe de l inaliénabilité n'est pas inscrit au Code, et une grande partie de la doctrine en a conclu que ce principe étant de droit exceptionnel, ne pouvait pas se suppléer, mais la jurisprudence en a décidé autrement ; on peut voir au n° 1577 du Traité de M. Planiol qu'un grand nombre d'arrêts ont été rendus en ce sens et que la question ne se plaide même plus. Cependant, le système de la jurisprudence est assez particulier et peut se résumer en une double proposition : 1° Entre les mains du mari, la dot mobilière est aliénable ; 2° à l'égard de la femme, la dot est frappée d'inaliénabilité. Par conséquent, pour le primo peu importe la théorie adoptée ; mais il en est autrement en ce qui concerne la femme. Du principe posé par la jurisprudence, il découle un certain nombre de conséquences à propos desquelles notre question reprend tout son intérêt. Et d'abord, relativement à l'insaisissabilité des meubles dotaux : il est certain que pour ceux qui soutiennent que la somme donnée aux actionnaires amortis doit être considérée à tous les points de vue comme un revenu, les créanciers ne pourront pas être arrêtés sous prétexte de l'insaisissabilité des meubles dotaux dans leurs poursuites contre les sommes provenant de l'amortissement des actions faisant partie

de la dot mobilière d'une femme mariée ; pour tous les autres, les créanciers seront impuissants.

C'est la femme qui a l'administration de ses biens paraphernaux absolument comme elle a l'administration de tous ses biens au cas de séparation de biens. La femme séparée est capable *d'administrer seule*, incapable d'aliéner ou de plaider sans autorisation. Ce sont les articles 1449 et 1536 du Code civil qui donnent à la femme « la libre administration », « l'entière administration de ses biens » ; ces expressions désignent une capacité plus étendue que celle qui est accordée au mineur émancipé auquel la loi permet seulement des actes de pure administration (art. 481). Il en résulte que la femme, à la différence d'un mineur, peut : 1° recevoir un capital exigible ; 2° placer un capital en achat de biens-fonds. Par conséquent, pour la femme, ces questions relatives à l'amortissement des actions qui lui appartiennent n'ont pas le même intérêt que pour le mineur qui ne peut toucher que ses revenus ; de même au point de vue du droit de disposer du mobilier, l'article 1449, 2e alinéa, du Code civil, nous dit : « La femme séparée soit de corps et de « biens, soit de biens seulement peut disposer de son « mobilier et l'aliéner. » Ce texte enlève tout intérêt pratique au choix de telle ou telle théorie sur la nature de l'amortissement. Cependant, avec l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1448, limitant ce pouvoir d'aliénation de la femme aux besoins de l'administration, le choix de telle ou telle explication de l'amortissement

aura un intérêt très grand lorsqu'on recherchera quels sont les pouvoirs de cette femme, en dehors des nécessités de l'administration, sur la somme que la société lui remettra lorsque son action aura été désignée à un tirage au sort.

La femme séparée peut-elle librement placer ses économies ? Nous voyons au n° 1459 du Traité de M. Planiol que beaucoup d'auteurs permettent à cette femme de convertir en immeubles les capitaux liquides qu'elle possède. Il est certain que dans ces conditions il n'y a pas de difficultés, mais il en est autrement si l'on se prononce avec la Cour de cassation contre leur opinion, et l'on peut ainsi se rendre compte quel intérêt très réel et très sérieux toutes ces discussions présentent en matière civile, et si l'on voulait pousser plus loin les recherches on trouverait bien d'autres points intéressants. Pour tous il faudrait répéter la même chose, dire ce que nous avons dit plusieurs fois au commencement de cette section et que nous avons jugé inutile de redire chaque fois à la fin, car c'eût été autant de répétitions inutiles.

CHAPITRE III

DES DIFFÉRENTES CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DES THÉORIES ÉMISES AU POINT DE VUE FISCAL

On sait qu'il est établi en France un impôt de 4 % sur tous les bénéfices, revenus et émoluments procurés aux actionnaires, et que cet impôt les actions de jouissance doivent le payer comme celles de capital.

Devra-t-on soumettre à l'impôt la somme remise aux actionnaires dont les actions ont été désignées au tirage au sort pour être amorties ?

On peut apercevoir du premier coup d'œil quelle importance va prendre ici le caractère que chaque auteur atiribue à cette somme ; il est certain que si l'on y voit un capital, que l'on attribue à ce capital un rôle d'achat ou un rôle de remboursement, on ne pourra parler de cet impôt qui frappe exclusivement les revenus ; ce sera la même chose avec l'idée d'avancement d'hoirie, mais non avec celle d'un dividende spécial. Cependant, il faut nous empresser d'ajouter qu'avec ce dernier système on pourra arriver au même résultat qu'avec les autres, car

c'est maintenant qu'il faut se rappeler ce que nous avons dit en étudiant les ouvrages de MM. Thaller et Maria sur les deux manières d'envisager la somme remise à titre d'amortissement aux actionnaires. Ici nous ne nous occupons plus des rapports des associés entre eux ou avec la société, ou encore avec les créanciers de celle-ci, mais des rapports de l'associé avec une tierce personne, en l'espèce le fisc, et alors rien ne nous empêche de considérer cette somme comme un capital et par conséquent de l'exempter de l'impôt, c'est du moins le raisonnement que devraient faire nos deux auteurs, et du reste, l'un d'eux, M. Thaller, a écrit dans le *Journal des Sociétés*, à la page 496 : « Peut-être, en scrutant très avant cette « notion de capital, toute relative, il est vrai, que pré- « sente la somme payée à l'actionnaire lors de l'amortis- « sement de son titre, arriverait-on à affranchir le paie- « ment qui en est fait de l'impôt de 4 % sur le revenu « des valeurs mobilières. La première impression, c'est « que cet impôt doit frapper le montant du rembourse- « ment, dans la doctrine de M. Maria, du moment que « l'actionnaire a reçu non pas à proprement parler la « restitution de sa mise, mais un dividende extraordi- « naire. Résultat contraire à la pratique de l'Enregis- « trement qui exonère tout à l'inverse la distribution de « la taxe pour la reporter sur le boni de la liquidation. « Mais il se pourrait à tout prendre que cette pratique « fiscale fut bien déduite. L'Enregistrement est un *tiers* « par rapport auquel l'opération doit s'analyser non

« d'après la provenance bénéficiaire des fonds affectés à « l'amortissement, mais plutôt d'après le but auquel ils « tendent et qui est la reconstitution de la valeur d'ap- « port. » M. Maria a laissé en dehors de sa distinction la question qui nous intéresse en ce moment, autrement dit il s'est arrêté à la *première impression*, suivant le mot de M. Thaller, et il a décidé à la page 41 de sa monographie que « le caractère de dividende que nous « reconnaissons à la somme versée à l'actionnaire pour « l'amortissement de son titre autorise et justifie la per- « ception sur l'opération de la taxe des 4 % sur le « revenu. »

Nous nous sommes déjà expliqué sur ce qu'il fallait penser de cette distinction, ajoutons que nous conservons notre première opinion malgré la conséquence qui en découle relativement à cette question de l'impôt. Il est sans doute pénible, en effet, de constater que le fisc, pour une fois, ne prend pas tout ce qu'il pourrait prendre et surtout de lui montrer une nouvelle proie à sa rapacité ; cependant, lorsqu'on réfléchit tant soit peu, on est bien obligé, en conscience, d'en arriver là ; car, comme nous l'avons déjà répété à plusieurs reprises, ce sont les bénéfices, des fractions de bénéfices, qui sont utilisés pour amortir les actions, et ces bénéfices, rien n'oblige les actionnaires à se les répartir entre eux sous forme d'amortissement, par conséquent ils restent toujours des bénéfices avec les caractères attachés par le législateur à cette sorte de biens.

Supposons que dans une société on ne procède pas à l'amortissement, que l'on distribue purement et simplement tous les bénéfices aux actionnaires, et que chacun de ceux-ci économise une partie de ses revenus. Diminuera-t-on pour cela l'impôt en proportion de ce qui est ainsi économisé par chaque actionnaire en particulier ? Je crois que personne n'osera le soutenir ; et cependant il n'y a pas une différence essentielle entre les deux hypothèses. Le Trésor n'a pas à se préoccuper de la manière dont sont répartis les bénéfices de la société ni de ce qu'en font les actionnaires. On objectera peut-être que si les fondateurs d'une société ont organisé l'amortissement c'est pour remplacer le capital social qui s'use et que par conséquent les bénéfices qui remplacent ce capital devraient être exempts de l'impôt de 4 %. Je répondrai que l'on confond ainsi l'amortissement industriel et l'amortissement des actions qui ne sont pas du tout la même chose et dont nous avons déjà indiqué les différences très profondes. Ajoutons qu'avec la solution que nous repoussons il est aisé de tourner la loi et de se soustraire à l'impôt ; on n'a pour cela qu'à distribuer tous les bénéfices par la voie de l'amortissement, ce qui, du reste, peut très bien se faire, comme on le voit par les exemples cités par M. Morel (page 47) (1). On m'objectera sans doute que le fisc n'y perdrait pas beaucoup,

(1) Société générale de dynamite et de produits chimiques ; société franco-russe de produits chimiques et d'explosifs ; société de la tour Eiffel.

puisqu'il reporte la taxe sur le boni de la liquidation à la fin de la société. Cette objection est très juste pour la plupart des cas qui se présenteront dans la pratique ; cependant, il y a une hypothèse pour laquelle elle n'a plus de force, c'est celle où le capital social se trouverait, à la liquidation de la société, diminué de valeur dans des proportions très considérables. En outre, l'idée qui se trouve à la base de cette objection peut nous être favorable, à nous aussi : en effet, avec la manière dont procède l'Enregistrement, les actionnaires, la plupart du temps, ne seront pas trop lésés par l'application de notre théorie.

Avant de passer au chapitre suivant, il nous faut dire quelques mots avec M. Morel du timbre et du droit de transmission. L'article 17 de la loi du 5 juin 1850 est ainsi conçu : « Le titre ou certificat d'action délivré par « suite de transfert ou de renouvellement sera timbré à « l'extraordinaire ou visé pour timbre gratis si le titre « ou certificat primitif a été timbré » : selon M. Morel, ce texte s'applique aux titres d'actions de jouissance délivrés en remplacement d'actions de capital amorti. En effet, nous sommes bien dans les termes du texte, surtout étant donnée la théorie que nous avons adoptée ; il est tout naturel de considérer l'action de jouissance comme le « renouvellement » de l'action de capital : et ce qui le prouve bien c'est ce que nous dit M. Morel en terminant: « Mais lorsqu'une société crée ou délivre à ses action- « naires, en remplacement de chaque action de capital,

« deux actions nouvelles, l'une du même capital et l'au-
« tre de jouissance, les actions de jouissance constituent
« des titres distincts des actions de capital et sont passi-
« bles du droit de timbre. »

Quant au droit de transmission établi en plus et indépendamment des droits de timbre fixés par la loi du 5 juin 1850, il est de 50 centimes par 100 francs sans addition d'aucun décime de la valeur négociée, pour toute cession (à titre onéreux) de titre ou de promesse d'actions de capital ou de jouissance.

Pour les titres au porteur et pour ceux dont la transmission peut s'opérer sans un transfert sur les registres de la société, le droit est converti en une taxe annuelle et obligatoire de 0 fr. 20 par 100 francs (aussi sans addition d'aucun décime) du capital desdites actions, évaluées par leur cours moyen pendant l'année précédente et, à défaut de cours dans cette année, conformément aux règles établies par les lois sur l'Enregistrement (22-23 juin 1857, art. 6 ; 29 juin 1872, art. 3).

TROISIÈME PARTIE

SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES

En étudiant l'amortissement des actions, nous avons vu qu'on ne pouvait y procéder qu'au moyen de sommes prélevées sur les bénéfices, et nous avons constaté que ce point est admis sans exception par tous les auteurs, qui, du reste, y étaient obligés par la loi du 24 juillet 1867, exigeant que l'indication du capital social fasse l'objet de la publicité organisée par elle et défendant de réduire au cours de la société le montant de ce capital, à moins d'accomplir certaines formalités. En résumé, l'amortissement des actions doit respecter complètement l'intégrité du capital social, et tout notre système, qui est celui admis par MM. Thaller et Maria, trouve là son principal fondement.

L'observation de cette règle se retrouve-t-elle dans toutes les sociétés existantes, ou bien, au contraire, n'y a-t-il pas toute une catégorie de sociétés où le capital social est diminué par le fait de l'amortissement des actions ? MM. Thaller et Maria soutiennent que c'est ce qui se passe dans les sociétés exploitant une concession

accordée par une personne administrative, Etat, département, commune, et devant, au bout d'un certain temps, lui revenir avec les travaux qui y ont été faits et le matériel qui a servi à son exploitation, soit à titre complètement gratuit, soit moyennant une somme notablement inférieure aux dépenses faites.

Ces auteurs considèrent que dans ces sociétés le capital social qui, tout à fait au début, se trouve réellement ce qu'il est annoncé, diminue peu à peu régulièrement chaque année jusqu'à arriver à zéro, quoique cependant ceux qui lisent les statuts de la société voient toujours le même chiffre indiqué comme capital social ; ce qui est franchement contraire à la loi.

Avant d'entrer dans l'examen de l'opinion émise par MM. Thaller et Maria et combattue par MM. Morel et Valéry il nous faut donner quelques explications sur les sociétés concessionnaires. Nous trouvons dans la thèse de M. Morel (pages 133 et suiv.) un excellent résumé de tout ce qui nous intéresse relativement aux concessions.

La concession peut être accordée par l'Etat, le département et la commune sous certaines réserves (loi du 5 avril 1884, article 115). C'est un acte *gracieux et unilatéral* de la personne administrative, par conséquent c'est un acte de puissance publique *révocable à volonté*. « Cependant, il peut se faire que l'acte de concession soit « accompagné d'une convention par laquelle la personne « administrative s'interdit de révoquer la concession « pendant un certain temps, ou bien s'oblige, si elle révo-

« que, à payer une indemnité ; dans ce cas, la faculté de « révoquer est transformée en faculté de rachat. Des conventions de ce genre interviennent en général toutes les fois que, pour utiliser la concession, des « capitaux sont nécessaires, car ces capitaux exigent des garanties...

« Dans ce cas, le traité, que l'on désigne le plus souvent du nom de cahier des charges, fait de la concession un contrat synallagmatique avec obligations réciproques. C'est un contrat à titre onéreux par lequel le concessionnaire s'engage à exécuter les travaux, et le concédant lui assure certains avantages fixés par la « convention et qui varient selon les entreprises.

« On a dit qu'il y avait là un contrat aléatoire, car la dépense des travaux et le rendement à percevoir ne « peuvent généralement pas être déterminés à l'avance d'un façon certaine. Cette opinion doit être repoussée, car, dans le contrat de concession, le concessionnaire « obtient en échange de ses obligations quelque chose de certain, le droit de percevoir le produit de l'entre- « prise, quelquefois même il obtient le concours du con- « cédant à la construction ou à la mise en état de l'ex- « ploitation. » Mais ce dernier point se rencontre rarement en pratique, l'autorité concédante laisse généralement à la société concessionnaire le soin de mettre l'affaire en état. Ce qui nous intéresse le plus, c'est de savoir ce qui va se passer à l'expiration de la concession.

Parfois, la société pourra reprendre son matériel et

en faire ce qu'elle voudra, elle tâchera de le vendre ou d'aller l'installer dans un autre endroit ; cela se présentera dans les cas où la concession est devenue inutile parce qu'elle correspondait à des besoins qu'on a trouvé le moyen de satisfaire par des procédés nouveaux à la fois plus commodes et plus économiques ; M. Morel nous en donne l'excellent exemple d'une ville où l'on remplace l'éclairage au gaz par l'éclairage à l'électricité. Dans ces cas, le capital social ne disparaît pas complètement, il en restera certainement quelque chose dont il est impossible de déterminer à l'avance la valeur.

Généralement l'entreprise concédée continue à répondre à un besoin public, et alors il va y avoir soit substitution d'une nouvelle concession à l'ancienne, soit plutôt étant donné le courant politique et économique actuel, mise en régie de l'entreprise. Et alors la question intéressante qui se pose est de savoir ce que vont devenir les travaux qui ont été faits, et le matériel qui avait été acquis par la société. La question est prévue dans le cahier des charges de la concession, et c'est toujours une des deux solutions suivantes qui est adoptée :

1° Les travaux, à l'expiration de la concession, feront retour gratuitement à l'autorité concédante ;

2° Les travaux, à l'expiration de la concession, seront rachetés par l'autorité concédante.

C'est principalement pour les cas où l'on a adopté la première solution que MM. Thaller et Maria ont édifié le raisonnement que nous avons exposé plus haut ; mais

c'est aussi pour la seconde hypothèse, tout au moins lorsque le prix de rachat est indiqué de telle façon qu'il puisse être exactement connu à l'avance et qu'il est inférieur au capital social consacré : en effet, du moment que l'on connaît cette différence, le calcul que nous avons fait plus haut pour tout le capital social, on le fera seulement pour cette fraction.

Mais il se peut comme nous l'indique M. Morel, que le prix payé par l'autorité concédante permette au cas où les emprunts faits au cours de la société seraient amortis, de rembourser à chaque actionnaire le montant de son action et de lui donner encore un bénéfice. Il est certain que les critiques de MM. Thaller et Maria ne visent pas ce cas, ni du reste celui où le prix payé par l'autorité concédante permettrait aux actionnaires, non pas de faire des bénéfices, mais de rentrer dans leurs apports.

Par ce que nous venons de dire, on peut voir dès maintenant quelle est la différence qui existe entre les sociétés ordinaires et les sociétés concessionnaires. Quel est le but que l'on s'est proposé en organisant l'amortissement des actions dans les sociétés ordinaires ? C'est comme nous l'avons dit à maintes reprises de remédier à la diminution, voire même à la disparition complète du capital social qui sans doute ne doivent pas forcément se produire, mais enfin qui peuvent parfaitement arriver ; et il n'est malheureusement pas rare dans la pratique de voir des sociétés arriver à la fin de leur existence

avec un capital réduit à néant ou à peu près : et nous avons vu que c'était pour ces sociétés surtout que l'amortissement, lorsqu'il pouvait avoir lieu, présentait des avantages considérables et avait sa principale raison d'être. La seule différence qu'il y ait entre les sociétés concessionnaires et celles-ci c'est que pour les premières se produira fatalement un événement qui, pour les autres, n'est que possible mais non certain.

Maintenant que nous savons ce que c'est que les sociétés concessionnaires et ce qu'il advient de leur capital social, nous pouvons exposer et apprécier les critiques que leur adressent MM. Thaller et Maria, soit dans le *Traité élémentaire de Droit commercial* (n°s 588 et 589), soit dans le *Journal des Sociétés* (1906, 11, 497), soit dans l'*Étude sur les actions de jouissance et l'amortissement du capital* (pages 49 et s.).

Nous allons rendre compte aussi exactement que possible de tous les développements de ces deux auteurs.

Le capital social devant être acquis sans bourse délier au bout d'un certain temps par l'autorité concédante, ce capital social diminue de valeur chaque année dans une proportion que l'on peut indiquer par une fraction ayant pour numérateur l'unité et dénominateur le nombre d'années au bout duquel l'État, le département ou la commune acquerront tous les travaux et tout le matériel nécessités par l'exploitation de la concession et dont la compagnie a fait les frais. Soit une société qui exploite une concession devant expirer dans les conditions ci-

dessus indiquées, au bout de vingt ans par exemple, chaque année le compte d'établissement de cette compagnie va se trouver subir un rabais d'estimation qui équivaut à un vingtième (1/20) du « capital social ; or, c'est ce compte d'établissement qui est représentatif du capital ».

Si l'autorité administrative n'acquiert la propriété des travaux faits par la compagnie concessionnaire et de son matériel que moyennant un prix de rachat, si ce prix est inférieur aux dépenses faites par la compagnie, la situation, comme nous l'avons déjà dit plus haut, est absolument la même, seulement il faudra tenir compte qu'une partie du capital social doit rester aux mains de la société et qu'il n'y a que la différence entre les dépenses faites et le prix de rachat qui doive être considérée comme perdue.

Puisque le capital social doit faire retour gratuitement à l'autorité concédante, et que, par conséquent, il diminue chaque année dans la proportion que nous avons indiquée, si les créanciers de la société confiants dans la publication des statuts veulent faire liquider la société quelques années avant l'expiration de la concession, ils vont se trouver devant une caisse presque vide. Ils n'auront aucun recours, ils seront donc trompés dans leurs légitimes espérances, par conséquent on peut dire que la loi est violée.

Pour éviter cela, il faudrait, suivant M. Maria (p. 55 et suiv.), que la société ait recours à l'un des deux

moyens suivants : 1° ou bien procéder par voie de réduction du capital social afin de ramener celui-ci à la valeur réelle des biens qui le représentent, autrement dit, publier chaque année, suivant l'article 61 de la loi de 1867, la diminution que subit le capital social.

Mais c'est là un procédé enfantin ; on ne voit pas bien, en effet, toutes les grandes compagnies concessionnaires de France avertissant, chaque année, dans les formes prescrites par la loi de 1867, le public que le capital primitif est réduit dans telle proportion ; et M. Maria est bien obligé de le reconnaître lui-même: « Mais ce moyen « est peu pratique, dit-il, il nécessiterait des publica- « tions à jet continu qui, se reproduisant chaque année, « jetteraient une certaine perturbation sur le marché des « titres. Au surplus, la faculté de réduire le capital « social n'est pas du pouvoir du conseil d'administration « qui ne peut en disposer à son gré. La réduction du capital social ne peut être décidée que par une délibé- « ration de l'assemblée générale des actionnaires réunis « et votant dans les conditions prévues par l'article 31 « de la loi de 1867. Or, cette assemblée n'est nullement « liée par les décisions du conseil. Elle est libre d'adopter ou de rejeter les propositions de réduction qui lui « seraient faites, et il serait imprudent de faire par « avance état de ces décisions. »

2° Ou bien combler au fur et à mesure le trou qui se creuse chaque année, au moyen de sommes prélevées sur les recettes jusqu'à concurrence de la dépréciation

que subit annuellement le capital social ; ces sommes, M. Maria dit qu'on pourrait les désigner sous le nom de *fonds de reconstitution de capital*, et il appelle son système, système de l'amortissement réel. Dans la pratique cela ne se passe pas ainsi : les sociétés concessionnaires, ou bien distribuent à leurs actionnaires, une fois, naturellement, leurs dettes échues payées, toutes leurs recettes sous forme de dividendes, ou bien, lorsqu'elles pratiquent l'amortissement, elles opèrent comme les autres sociétés, et ne font aucune différence ; par conséquent, le capital de ces sociétés, contrairement à la loi, va en diminuant chaque année, autrement dit, ces sociétés confondent deux choses qui chez elles sont fort distinctes : « recettes nettes » et « bénéfices nets » ; les unes distribuent des dividendes fictifs, les autres procèdent à l'amortissement de leurs actions non pas avec leurs bénéfices, mais avec leur capital, ce qui, comme nous l'avons vu, est parfaitement contraire à la loi.

Aussi M. Thaller, au n° 589 de son *Traité*, après avoir mis à part les sociétés concessionnaires dont la création est antérieure à 1867, ne se gêne pas pour dire que celles qui ont été créées postérieurement à cette date se heurtent aux dispositions du législateur: « A l'égard des « compagnies anonymes antérieures à 1867 (les six « grandes compagnies de chemins de fer sont du nombre) « la légalité des amortissements d'actions quoique effec- « tués selon cette seconde méthode, doit être reconnue. « Les amortissements ont lieu en vertu de statuts approu-

« vés par le gouvernement suivant l'article 37 du Code « de commerce. Le décret d'autorisation vaut loi à « l'égard de ces sociétés. Le Code de commerce n'a pas « prescrit le maintien nécessaire du capital pour les « entreprises montées sous cette forme. Le contrôle « gouvernemental suppléait alors à toute autre mesure « réglementaire. La solidité du crédit de ces compa- « gnies, la certitude morale que, si elles venaient à ces- « ser leurs paiements, l'Etat se substituerait à elles dans « le règlement de leur passif, ont permis de faire échec « à la règle du capital immuable.

« Mais les compagnies créées postérieurement à 1867 « ne pourraient plus bénéficier de cette exception ; bien « qu'un décret, une loi peut-être ait reconnu leur conces- « sion, cet acte administratif ou législatif n'a pas régu- « larisé les vices dont les statuts pouvaient être atteints: « la concession est délivrée sous réserve du droit pour « les tiers ainsi que pour les actionnaires d'attaquer les « clauses illégales. Celle-ci est contraire au droit fonda- « mental des sociétés. » Par conséquent, suivant M. Thaller, dans cette sorte de sociétés, les actionnaires rentrent dans leurs apports, reprennent le capital qu'ils ont apporté, ce qui, sans doute, permet de remédier à la dépréciation que subissent fatalement les actions au fur et à mesure que l'on approche de la fin de la concession, mais ce qui est contraire à la loi, et mérite tous les reproches qui ont été adressés aux auteurs qui voient

dans l'amortissement des actions un remboursement réel.

Ainsi, les sociétés concessionnaires, qui sont les premières à avoir pratiqué l'amortissement, à l'avoir pour ainsi dire inventé, et qui l'ont mis en vogue, sont, d'après ces auteurs, les seules qui ne le pratiquent pas.

Elles remboursent le capital social à leurs actionnaires ; nous allons voir maintenant par quel tour de force M. Thaller, après les en avoir blâmées comme il l'a fait, trouve le moyen d'expliquer et de légitimer ce remboursement.

Remarquons en passant qu'une fois que, selon les désirs de MM. Thaller et Maria, on aurait créé ce qu'ils appellent le fonds de reconstitution du capital, rien n'empêcherait « la société, si ses ressources le lui permettaient, de créer à côté de son fonds de reconstitution un fonds d'amortissement de ses actions qui fonctionnerait parallèlement avec le caractère juridique que notre système a cru devoir lui attribuer. » (Ouvrage de M. Maria, page 57.)

Il nous reste maintenant à montrer comment M. Thaller est arrivé à expliquer et à légitimer dans les sociétés concessionnaires cette opération à laquelle il avait commencé par ne pas ménager ses reproches.

Dans son *Traité élémentaire de Droit commercial* (édition 1900), M. Thaller, au n° 594, nous dit que c'est sans doute la mise de l'actionnaire qui lui est restituée, mais que l'on peut admettre cette restitution parce

qu'elle en place le bénéficiaire dans une situation comparable à celle d'un porteur d'actions qui ne serait libéré d'aucune manière : « Elle leur maintiendra pour l'avenir les droits acquis sur les bénéfices, déduction faite de l'intérêt de la somme qui leur est rendue. » En outre, on comprend aussi très bien que cet actionnaire, quoique ayant été remboursé de son capital, puisse continuer à participer aux assemblées générales d'actionnaires.

Il y a contre cette conception une objection qui vient tout de suite à l'esprit et à laquelle M. Thaller s'est efforcé de répondre : « Sans doute il est indispensable, « pour qu'une société soit valable, qu'on libère les « actions au moins du quart. Mais si ce quart est versé « au début, est-il interdit de prévoir qu'il sera rem- « boursé ultérieurement dans des circonstances déter- « minées ? *Ce n'est point sûr*. La combinaison ne pêche « point contre la loi, du moment que la société ne « renonce pas à l'apport de l'actionnaire, et qu'elle con- « sidère cet apport comme faisant toujours partie du « capital. *Il n'est plus réalisé, il renaît à l'état des non* « *versé*. » Et M. Thaller en conclut qu'il n'est pas nécessaire de publier chaque année les sommes consacrées à l'amortissement.

L'objection adressée à M. Thaller n'en reste pas moins une objection très sérieuse ; en effet, lorsqu'il dit qu'il est possible de rendre à l'actionnaire même le quart de son action, dont cependant la loi exige le versement dès le début de la société, avant même sa constitution, il sem-

ble se heurter à l'esprit de la loi, et M. Morel, à la page 77 de sa thèse, a exposé cette objection tout au long avec l'habileté et la vigueur qui caractérisent son argumentation. Et il se peut que cette critique ait ému M. Thaller qui, du reste, ne devait pas être bien pénétré de la solidité de son raisonnement, comme cela ressort des mots qu'on vient de lire : « ce n'est point sûr », et dans son article paru au mois de novembre dans le *Journal des Sociétés* il donne de cette restitution de leur mise aux actionnaires une explication un peu différente. Voici ce qu'il nous dit à la page 501 : « La compagnie « devrait, disions-nous, pour respecter le principe de la « permanence du capital, prélever sur le produit net « cette somme qu'elle affecte à l'amortissement et la con- « server par devers elle pour en faire l'objet de place- « ments de nature quelconque, mobiliers ou immobi- « liers. Or, rien ne l'empêche de consacrer ces place- « ments à faire des avances aux actionnaires, avances à « exercer sur toute la durée de la concession, dont l'in- « térêt s'imputera (à trois pour cent par exemple) sur les « bénéfices annuels de manière à les réduire d'autant, et « qui se liquideront en principal, à l'issue de la société, « par compensation avec le boni de la liquidation. Rien « n'empêche non plus ni que ce soit un tirage au sort « qui détermine les bénéficiaires de ces avances, ni que « les actionnaires aient pris l'engagement de les toucher « pour le cas où le sort les désignerait. C'est en définitive,

« toutes différences gardées, ce que l'on voit faire dans « les compagnies d'assurances sur la vie, etc...

« Les compagnies de chemins de fer placent le fonds « de reconstitution du capital sur les actionnaires eux-« mêmes... L'action de jouissance est un titre qui signale « celui qui a touché une semblable avance...

« Si la compagnie suit paisiblement ses destinées, cette « avance servie à l'actionnaire ne sera jamais l'objet « d'une réclamation, car elle a été faite pour une durée « de temps indéfinie.

« Si la compagnie cesse d'être *in bonis*, les créanciers « seront admis à exiger le remboursement de la somme « de celui à qui elle a été autrefois versée, non pas en « tant que rapport de mise irrégulièrement rendue, mais « à titre de remboursement *d'une avance faisant partie « de l'actif de la société* ». La première remarque qui vient à l'esprit, c'est combien ces auteurs, et M. Thaller surtout, ont l'air effrayés des conclusions qui doivent logiquement résulter des principes qu'ils commencent par poser.

Ainsi, M. Maria nous dit que le capital diminue, et que l'on viole la loi si l'on n'a pas recours à une des deux mesures qu'il indique. Ces deux mesures, il commence par nous les présenter comme ayant toutes deux la même valeur, et au point de vue rationnel, elles ont la même valeur, puisque toutes les deux ont pour but de maintenir l'égalité entre, d'une part, le chiffre du capital social tel qu'il a été publié en dernier lieu et, d'autre part, ce capi-

tal social tel qu'il existe réellement : par conséquent, il semble que les deux moyens devraient être également satisfaisants : or, M. Maria nous dit que le premier qu'il nous indique, doit être écarté parce qu'il n'est pas pratique, et risquerait de causer une « certaine perturbation sur le marché des titres ». Le reproche de M. Maria me paraît des plus fondés, et je comprends très bien les appréhensions que lui inspire l'emploi de ce procédé. Mais si réellement le capital social diminuait progressivement chaque année et si les tiers couraient le risque d'être trompés, ces publications devraient être très utiles et paraître naturelles à tout le monde : si l'on en repousse l'emploi c'est probablement parce qu'on se rend compte qu'elles ne correspondent à aucun besoin du public et même qu'elles seraient nuisibles, par conséquent que le principe posé comme point de départ n'apparaît pas aussi certain qu'on veut bien le dire. Pour repousser l'emploi de ces publications annuelles, M. Maria indique en outre une seconde raison qui ne fait que nous confirmer dans nos idées. En effet, si les actionnaires ne voulaient pas mettre de côté une partie des recettes pour remplacer la partie du capital évanouie dans l'année, ne devraient-ils pas être obligés en vertu même de la loi, de décider dans leurs assemblées générales que l'on procédera aux formalités nécessaires pour porter à la connaissance du public que le capital social est réduit dans telle proportion ? Et en répondant négativement, M. Maria semble bien être en contradiction avec lui-même.

Il y aurait là déjà de quoi nous faire douter grandement de l'exactitude de l'opinion soutenue par les deux auteurs, mais il y a beaucoup mieux.

En effet, si M. Maria recule, et pour de bonnes raisons, devant l'application pratique d'une des conséquences de sa théorie, il en admet cependant la plus importante : il ne s'efforce pas de légitimer par des raisons détournées l'emploi de l'amortissement dans les sociétés concessionnaires ; tandis qu'au contraire, comme nous l'avons longuement exposé un peu plus haut, c'est ce que M. Thaller a tenté de faire à deux reprises et de deux manières différentes. Tous ces efforts de l'éminent professeur ne semblent-ils pas montrer que celui-ci n'était pas complètement satisfait de son point de départ, et qu'il a essayé de renforcer son système après coup et comme il a pu.

Nous avons vu comment son idée de remboursement aux actions l'exposait à tous les reproches dont il avait lui-même accablé les auteurs qui assimilent l'amortissement des actions à un remboursement dans les sociétés ordinaires ; nous avons vu aussi qu'il était probable que M. Thaller s'en était très bien aperçu et que c'était probablement pour cela qu'il avait cherché une autre raison pour légitimer l'amortissement dans les sociétés concessionnaires. Voyons à présent si cette seconde raison est plus à l'abri des critiques que la première.

La société, nous dit-on, peut être considérée comme faisant des avances à ses membres. Sans doute, il n'y a là rien de répréhensible en soi, et cette notion quoiqu'un

peu extraordinaire, semble ne se heurter à aucune disposition de la loi ; et même dans la pratique, l'application de cette idée ne soulève aucune difficulté tant que la société marche bien ; mais si cette dernière cesse d'être *in bonis*, il en sera autrement : en effet, M. Thaller nous dit que dans ce cas-là « les créanciers seront admis à exiger le remboursement de la somme de celui à qui elle a été autrefois versée » : mais ce remboursement va être quelque chose de difficile pour ne pas dire impossible à obtenir d'une grande quantité d'actionnaires, dont un certain nombre seront peut-être devenus insolvables et dont d'autres essayeront par tous les moyens de se soustraire à cette obligation : et on ne peut pas parler de faire saisir et vendre leurs titres, car du moment que la société est en si mauvaise posture, ils ne vaudront plus rien. En outre, il faut ajouter ce que nous avons déjà dit à propos des sociétés ordinaires, c'est que ce remboursement n'est prévu par personne, que tout le monde s'imagine que les sommes remises aux actionnaires à titre d'amortissement, leur sont données d'une manière définitive. Il en résulte que cette seconde explication qui a le mérite d'être ingénieuse semble trop avoir été créée pour les besoins de la cause et ne correspondre à rien de réel dans la pratique : par conséquent, elle n'atténue pas du tout les inconvénients du principe posé par MM. Thaller et Maria. C'est maintenant l'exactitude de ce principe lui-même que nous allons discuter. Comme le dit M. Valéry (*Revue générale*, 1906, page 142), la question est bien

nette : « Il s'agit de savoir si le remboursement des actions à titre d'amortissement peut être opéré à l'aide « des sommes restant disponibles, à la fin de chaque « exercice, une fois les dépenses et les dividendes payés, « ou bien si de ces sommes ne doivent pas être déduites « celles qui correspondent à la dépréciation du capital, « afin qu'on les mette en réserve jusqu'au moment de la « dissolution de la société. C'est cette seconde opinion « qu'adoptent, ainsi qu'on vient de le voir, MM. Thaller « et Maria ».

M. Valéry commence par signaler deux inconvénients pratiques à cette opinion. Le premier résulte du très grand danger qu'il y a, à tous les points de vue, à laisser aux mains des administrateurs ces sommes qui sont destinées à former le fonds de reconstitution du capital et qui bientôt atteindront un chiffre colossal. Le second inconvénient vient de ce que les actionnaires primitifs sont obligés de subir sur les recettes un prélèvement dont ne profiteront que leurs petits-enfants ou même leurs arrière-petits-enfants, ce qui pourrait fort bien écarter les capitalistes de ces placements. Sans doute, il y a là des remarques fort justes, mais on serait bien obligé de passer outre si le point de départ devait être admis. Et c'est précisément ce que nous allons rechercher. Commençons par indiquer les critiques de MM. Valéry et Morel, nous dirons ensuite quelques mots sur la manière dont nous envisageons le capital social et sa disparition dans les sociétés concessionnaires.

M. Valéry commence par nous faire remarquer qu'il n'y a pas de disposition légale imposant aux sociétés dont il est question l'obligation de reconstituer leur capital social : « On n'en cite aucune, nous dit-il, et il serait en « réalité impossible d'en mentionner une seule. Tout ce « que la loi veut, c'est que dans les sociétés anonymes, « une partie des bénéfices soit appliquée à la formation « d'un fonds de réserve (loi de 1867, art. 36), et par là, « elle condamne implicitement la théorie que je combats, « car, si le législateur avait voulu contraindre les sociétés vouées à l'exploitation d'une concession temporaire « à consacrer le produit de leur exploitation à reconstituer leur capital, il l'aurait dit ici, ne fusse que pour « expliquer ce qu'il faut entendre par les bénéfices nets « dont le vingtième doit être affecté à la réserve ». Ensuite, M. Valéry examine l'argument que ses adversaires tirent de « l'immutabilité du capital social » ; il y répond par sa distinction entre le capital nominal et le capital réel. Nous avons déjà rencontré cette distinction à propos des sociétés ordinaires, et à ce moment-là nous avons été obligé de la repousser parce que M. Valéry s'en servait pour essayer de montrer que les actionnaires avaient le droit de reprendre leurs apports ; mais ici, la situation n'est plus la même, si le capital social diminue, cela ne provient pas du fait des actionnaires, c'est le résultat même de la constitution et de la marche de la société. Du reste, M. Morel aux pages 144 et suivantes, ne nous dit pas autre chose; du moment que c'est l'approche

de l'expiration de la concession qui entraîne une diminution du capital social tout à fait semblable à celle qui résulterait de paiements périodiques à un créancier privilégié (et nous verrons que cette idée a été longuement développée par M. Morel), on ne peut pas soutenir que la loi de 1867 est violée et que par suite les créanciers vont être lésés dans leurs droits. Du reste, dès le premier jour, tout le monde sait à quoi s'en tenir et que « le capital de la « société a été échangé contre une concession d'une durée « limitée, ou, si l'on aime mieux, contre un autre capi- « tal condamné à disparaître au bout d'un certain délai ».

Par conséquent, les créanciers sociaux ne pourront pas venir prétendre qu'ils ont été pris à l'improviste. Ils connaissaient parfaitement la situation, ils n'avaient qu'à prendre les précautions qu'elle exigeait ; ainsi, ils pouvaient ne pas accorder de délais à la société, afin que chaque année, avant le paiement des dividendes destinés aux actionnaires, ils puissent exiger qu'on opère le prélèvement de sommes suffisantes pour leur assurer d'abord un intérêt pour les capitaux qu'ils ont avancés, et en second lieu la restitution d'une certaine partie de ces capitaux. C'est d'ailleurs ce qui se fait continuellement dans la pratique, en effet, lorsqu'une grande compagnie se trouve avoir besoin à un moment donné de capitaux très importants (nous n'avons pas à parler naturellement des dépenses périodiques qui sont portées aux frais généraux et à propos desquelles il ne saurait exister de difficultés), elle émet un certain nombre d'obligations, ce qui

n'est pas autre chose qu'un emprunt, et les intérêts des obligations ainsi que les sommes nécessaires à leur amortissement sont prélevés en premier lieu, même sur le capital social si c'est nécessaire. Les créanciers de la société concessionnaire pourraient aussi demander des sûretés telles que des hypothèques sur des immeubles ne devant pas faire retour à l'autorité administrative, de sorte qu'à l'échéance de la dette, ayant un gage sérieux et d'une valeur certaine, ils n'auront pas à redouter les mauvais résultats d'une liquidation du capital social. Du reste, cette liquidation du capital social peuvent-ils jamais l'exiger ? Les principes de la concession ne s'y opposent-ils pas ? C'est un point sur lequel nous reviendrons un peu plus loin.

Pour le moment nous n'avons qu'à constater que personne dans la pratique n'a l'air de se plaindre d'une diminution illicite du capital social des sociétés concessionnaires ni de soutenir qu'il y a distribution de dividendes fictifs pour ces sociétés lorsqu'elles ne pratiquent pas l'amortissement, ou qu'elles n'ont pas encore commencé à amortir, comme cela se présente pour la compagnie de chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée, ce qu'il faudrait pourtant faire si les critiques de MM. Thaller et Maria étaient fondées.

Montrons maintenant comment MM. Valéry et Morel ont compris les sociétés concessionnaires. Comme nous l'avons laissé entendre un peu plus haut, la société concessionnaire se trouve placée vis-à-vis de l'autorité con-

cédante, comme vis-à-vis de quelqu'un avec qui on est lié par un contrat, contrat en vertu duquel des obligations réciproques pèsent sur l'une et l'autre parties. Quel est au juste ce contrat ?

Ce contrat, d'une nature toute spéciale et relevant exclusivement du droit administratif, oblige la société concessionnaire : 1° à faire toutes les dépenses nécessaires à l'exploitation de l'entreprise concédée ; 2° à subir le contrôle de l'État ; 3° à remettre soit à titre purement gratuit, soit pour un prix généralement bien inférieur aux dépenses faites, à l'autorité concédante tous les travaux et tout le matériel qui lui ont été nécessaires pour remplir son but.

La personne administrative s'engage à laisser jouir la société de la concession pendant un certain temps, ou bien, si elle veut retirer la concession avant l'expiration du délai fixé, à payer un prix de rachat proportionnel au temps qui restait à courir. Enfin, bien souvent elle garantit aux actionnaires un intérêt minimum, mais laissons pour le moment ce point de côté.

On peut donc considérer que « la portion du capital « qui va se trouver affectée à la mise en état de l'exploi- « tation, constituera la contre-partie du droit à l'exploi- « tation qui a été concédée ». Et, si évoquer l'idée de vente en matière de concession publique, ne constituait pas une hérésie, je dirais que le capital social est le prix d'achat de la concession : en tout cas, on peut toujours dire qu'il y a là une situation analogue à une vente. Et

ceci nous permet de répondre à une objection que l'on pourrait adresser à M. Morel. Celui-ci, comme nous l'avons déjà dit, assimile l'autorité concédante à un créancier privilégié, qui est payé avant tous les autres ; on pourrait lui faire remarquer que la règle de notre droit c'est l'égalité entre créanciers et qu'il ne peut exister de privilèges au profit de l'un d'eux qu'en vertu d'un texte formel qui manque ici.

Sans doute, on ne trouve pas dans notre Code civil quoi que ce soit de relatif à ce contrat de concession et au privilège qui en résulte ; mais il n'en est pas moins vrai que ce contrat existe réellement, car on en trouve la théorie dans tous les traités de droit administratif et qu'il entraîne certaines conséquences parmi lesquelles il faut citer le droit pour l'autorité concédante d'acquérir sans bourse délier les travaux faits et le matériel acquis par la société concessionnaire, droit qui, s'il n'est pas un véritable privilège, en est bien l'équivalent, car que pourrait-on reprocher à ce privilège ou à ce pseudo-privilège ? De n'être pas porté à la connaissance des tiers comme les vrais privilèges de notre droit privé ? Mais ce reproche serait parfaitement immérité, puisque tout le monde peut lire dans le cahier des charges ce qu'il doit advenir de la concession à l'expiration des délais fixés.

MM. Valéry et Morel terminent en comparant la situation des sociétés concessionnaires avec deux situations que l'on rencontre en droit civil et qui ont certainement quelque analogie avec elle. Voici ce que nous dit M. Va-

léry à la page 145 de la *Revue générale du Droit et de la Jurisprudence* (année 1906, numéro de mars-avril) :

> Ces textes d'autant plus intéressants à mentionner qu'à mon avis ils doivent résoudre la controverse, sont ceux qui régissent la matière de l'usufruit. La question actuelle portant sur des concessions temporaires, il est naturel d'en chercher la solution dans les dispositions relatives à un droit dont la durée est également limitée. Or, parmi ces dispositions, il en est de singulièrement intéressantes au point de vue qui nous occupe. Ce sont celles des articles 588 et 598 du Code civil. Le premier supposant qu'un usufruit porte sur une rente viagère décide que l'usufruitier a le droit de percevoir les arrérages de la rente, pendant toute la durée de l'usufruit, *sans être tenu à aucune restitution* : ainsi, bien que la rente viagère doive avoir forcément une valeur moindre lorsque l'usufruit cessera qu'au moment où il a pris naissance, tous ses arrérages sont considérés comme des fruits que l'usufruitier acquiert définitivement sans être tenu d'en réserver une partie pour compenser cette diminution de valeur. Le second de ces textes vise une hypothèse encore plus voisine de celle qui nous occupe : d'après cet article 598, qu'il convient de combiner avec la disposition de l'article 589, l'usufruitier d'une mine ou d'une carrière peut en retirer tous les produits à la condition de ne commettre aucun abus de jouissance ; peu importe qu'à la fin de son usufruit son exploitation laisse le gisement complète-

« ment épuisé. Enfin, il convient de rapprocher de ces « décisions du législateur celle de l'article 1568, d'après « laquelle « si un usufruit à été constitué en dot, le mari « ou ses héritiers ne sont obligés à la dissolution du « mariage que de restituer le droit d'usufruit et non les « fruits perçus pendant le mariage ». Que conclure de « là, sinon que dans tous les cas où la loi s'est occupée « de produits dont la perception correspond à une dimi- « nution du capital qui les engendre, elle leur attribue « cependant le caractère de fruits et de revenus, autorisant « la personne qui les perçoit à les consommer comme elle « l'entend. Les produits de l'exploitation d'une conces- « sion temporaire revêtant absolument cet aspect, doi- « vent être traités de même et ce serait s'insurger contre « la volonté du législateur que d'interdire aux actionnai- « res d'en disposer à leur gré et les obliger à en affecter « une partie à la reconstitution du capital ».

Il est indéniable qu'il existe entre ces deux catégories de situations une analogie certaine, dont on peut tirer en faveur de notre thèse un argument qui pour ne pas être absolument concluant, établit cependant une très sérieuse présomption en sa faveur. Il en est de même d'une autre institution de notre droit civil, l'emphytéose avec laquelle M. Morel compare la concession, voici ce qu'on peut lire à la page 146 de sa thèse : « Il y a certainement là quel- « que chose qui rappelle ce qui se passe dans l'emphy- « téose ; en ce sens, que les constructions qui sont éle- « vées par la société concessionnaire en vue de l'exploi-

« tation peuvent être considérées comme celles élevées « par l'emphytéote en exécution d'une clause du bail. « Comme celles-ci, elles appartiendront à la fin des délais « fixés au propriétaire du fonds, dans notre cas l'autorité « concédante. Mais il y a quelques différences entre les « deux sortes d'opérations, l'emphytéote a la liberté de « disposition et de jouissance : on lui reconnaît notam- « ment, la faculté de sous-louer et d'hypothéquer. Les « concessions portant en général sur le domaine public « ne s'accommodent pas de l'hypothèque, et une société « concessionnaire ne peut, en principe, sous-louer.

« Cela tient à ce que le concessionnaire est un posses- « seur précaire de la chose :

« 1° C'est un simple possesseur. Il n'a aucun droit réel « sur la chose et par conséquent son droit est purement « mobilier et non susceptible d'hypothèque, ce n'est « même pas un droit d'emphytéose ;

« 2° C'est un possesseur précaire. Sa possession est « entachée du vice de précarité au regard de la personne « administrative concédante. Par conséquent, s'il intente « contre le concédant l'action possessoire, cette action « se heurte à l'exception de domanialité qui est infran- « gible. Ces principes sont admis par une jurisprudence « constante et notamment à propos des chemins de fer ».

La dernière partie de cette citation va nous permettre d'envisager les concessions sous un jour un peu différent de celui sous lequel jusqu'à présent nous les avons vu envisager.

En effet, jusqu'ici les auteurs sont partis de l'idée que dans les sociétés concessionnaires le capital social subissait une diminution progressive, de telle sorte que si les créanciers sociaux voulaient à un moment donné faire liquider, ils ne trouveraient pas le capital social annoncé, ce qui, dit-on, est contraire à la loi, et ce à quoi, ajoute-t-on, il faut remédier par des prélèvements sur les recettes. Mais si, comme on le prétend, on devait tenir particulièrement compte de ce que le capital social est perdu par le fait d'être acquis à *titre gratuit* par l'autorité concédante, il faudrait dire non pas qu'il diminue progressivement, mais que dès le premier moment de la fondation de la société il ne lui appartient plus, et que, par conséquent, ses créanciers n'y ont aucun droit. En effet, du moment que la concession est un acte à titre gracieux de l'autorité publique, essentiellement révocable, et ne donnant que des droits très fortement entachés du vice de précarité, les créanciers ne peuvent à aucun moment faire liquider la société, parce que l'autorité administrative peut toujours s'y opposer ; car, comme nous dit M. Morel, qui a puisé ces renseignements dans l'ouvrage de M. Hauriou, le concessionnaire ne peut ni sous-louer, ni hypothéquer. Tout ce qui pourrait se produire, c'est qu'une nouvelle société, avec l'agrément de la personne administrative de qui émane la concession, vienne prendre la place de la société ancienne ; mais quel intérêt cela présenterait-il pour les créanciers ? En effet, ou bien les dettes dépassent ce que pourront donner les recettes avant

la fin de la société et alors aucune société sérieuse ne voudra succéder à l'ancienne et accepter une pareille situation ; ou bien, au contraire, il y a de grandes chances pour que les dettes puissent être payées avant l'expiration de la concession ; et dans ce cas, les créanciers auraient bien tort, en admettant même qu'ils le puissent, de s'exposer aux hasards d'une liquidation qui occasionnera toujours des frais énormes et risquera de compliquer les choses au lieu de les améliorer ; ils n'auront qu'à exiger qu'on leur donne toutes les recettes jusqu'à ce qu'ils soient payés, tout en laissant cependant s'ils le veulent, une certaine somme pour que les actionnaires puissent au moins toucher un léger intérêt de leur argent, mais il n'y a rien qui les y oblige. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons déjà indiqué, ce qui se passe dans la pratique : on commence par prélever en premier lieu les sommes nécessaires aux intérêts et à l'amortissement des obligations. Par conséquent, MM. Thaller et Maria auraient dû dire que le capital social est complètement englouti dès le premier jour, et que dans ces conditions, l'indication du capital social dans les statuts est un véritable leurre, et que si l'on ne veut pas commettre une illégalité, il est absolument nécessaire de constituer dès le premier jour de la société un second capital qui restera à la disposition des actionnaires : par exemple, pour mettre une concession en état d'être exploitée, il faut un capital de dix millions, on réunit vingt millions, la moitié est affectée aux travaux et au matériel nécessaires qui doivent reve-

nir gratuitement à l'autorité concédante, l'autre moitié restera dans la caisse de la société et ce sont les seuls qui seront publiés. Et même en admettant que le capital ne diminue que peu à peu, il faudrait opérer ainsi : car si l'entreprise concédée ne donne pas de recettes suffisantes pour compenser la diminution du capital social, il n'y aura pas moyen de se conformer à la loi, et ces sociétés n'auront qu'une existence précaire, puisque les conditions exigées pour leur validité ne sont pas remplies, ce qui peut entraîner leur dissolution d'un moment à l'autre.

Je crois que personne n'osera jamais soutenir la nécessité d'une telle manière de procéder, et cependant elle s'imposerait si le point de départ admis par MM. Thaller et Maria était exact, si les sociétés concessionnaires, ainsi que celles qui « sont appelées à subir une déperdition graduelle par le fait de l'épuisement de la production », comme par exemple une compagnie minière, formaient une catégorie de sociétés bien distinctes, pour lesquelles on doive tenir compte d'une façon spéciale de la diminution et de la perte du capital social, diminution et perte qui du reste ne proviennent pas de ce que les actionnaires retirent leur mise, mais qui résultent de la force même des choses et des conventions passées avec des tiers. Mais précisément ce point de départ on ne peut pas l'admettre.

En résumé, ces sociétés ne diffèrent pas essentiellement des autres : la seule particularité, c'est que pour elles doit se produire nécessairement un événement qui

se rencontre bien souvent chez les autres mais qui n'y est pas fatal ; cet événement, c'est soit la diminution, soit la disparition complète du capital social.

Cette diminution, cette disparition ne proviennent pas de ce que les actionnaires reprennent directement dans la caisse de la société les mises qu'ils y ont apportées, mais résultent soit de ce que la matière première, le fonds sur lequel s'exerce l'industrie des associés s'use par le fait même de l'exploitation, ou bien de ce que les associés se sont engagés à remettre à un moment donné en compensation de certains avantages, leur capital social à un tiers qui par là a une situation tout à fait semblable à celle d'un créancier privilégié de notre droit privé ; par conséquent, il n'y a pas à en tenir compte ni à vouloir compenser par un moyen quelconque et entre autres par des prélèvements sur les recettes, cette disparition totale ou partielle du capital social. C'est du reste ce qui se passe dans la pratique, où jusqu'ici les remarques de MM. Thaller et Maria semblent ne pas avoir trouvé d'écho, pour la bonne raison que les créanciers n'ont absolument rien à craindre. Leur bonne foi ne risque nullement d'être surprise, car ils savent parfaitement à quoi s'en tenir ; un rapide coup d'œil sur le cahier des charges ou sur les statuts les renseignera amplement.

En outre, dans les sociétés concessionnaires, comme nous l'avons déjà expliqué, ils ne pourront pas faire vendre, et tous leurs droits se borneront aux recettes : or, qu'ils saisissent directement les recettes en tant que

bénéfices, ou qu'ils les saisissent en tant que représentant le capital social, n'est-ce pas absolument la même chose ? Je sais bien qu'on peut me faire une objection : on peut me dire que si on obligeait la société, dès ses débuts, à mettre de côté une partie de ses recettes, les créanciers pourraient ainsi toucher des sommes qui, sans cela, avant l'échéance de leurs dettes, auraient été distibuées aux actionnaires. Sans doute, les créanciers seraient enchantés d'une pareille obligation imposée aux sociétés qui sont leurs débitrices, mais cette obligation, il n'y a aucune raison pour l'imposer, comme nous l'avons déjà vu plus haut : du reste, les créanciers connaissent la situation et ils n'ont qu'à prendre leurs précautions. Enfin, il est très probable que si la société ne pouvait pas faire face à ses engagements, l'Etat interviendrait et n'hésiterait pas à payer les créanciers. Du reste, il y a certaines sociétés pour lesquelles il s'y est engagé, ce sont celles à qui il a garanti un minimum d'intérêts.

Cette garantie d'un minimum d'intérêts, qui n'est au fond qu'un moyen pour l'autorité compétente de participer aux dépenses qu'entraîne l'exploitation de la concession, peut rationnellement se rencontrer dans toutes les sociétés concessionnaires, quelle que soit la personne administrative qui a accordé la concession et quel que soit le genre d'entreprise qui en fasse l'objet ; cependant, c'est surtout, et même peut-on dire presque exclusivement dans les grandes compagnies concessionnaires

de l'Etat et particulièrement les compagnies de chemins de fer qu'on la trouve. C'est encore à la thèse de M. Morel que nous aurons recours pour indiquer rapidement sur cette garantie d'intérêts les quelques détails qui peuvent nous intéresser par rapport à notre sujet. « Le système « de la garantie d'intérêts qui est devenu ultérieurement la règle générale du mode de concours de l'Etat dans l'exécution des chemins de fer a été adopté pour la première fois en 1840. L'Etat consentait à allouer une garantie d'intérêts de 4 %, y compris 1 % d'amortissement, à la Compagnie de Paris à Orléans, et cela pour une période de quarante-six années..... Le système de la garantie d'intérêts a été généralisé en 1859 par la loi du 11 juin, qui concédait ainsi une sûreté particulière aux compagnies éprouvées par la crise financière et commerciale de 1857. Cette loi distinguait, dans les concessions des chemins de fer, deux particularités distinctes que l'on désigna sous les noms d'ancien réseau et de nouveau réseau. Le nouveau réseau seul jouissait d'une garantie d'intérêts en cas d'insuffisance de ses produits nets.

« En 1883, de nouvelles conventions sont intervenues. Elles ont fait disparaître la division des lignes en deux réseaux (ancien et nouveau) et institué un compte unique. De plus, la garantie de l'Etat doit profiter non seulement à l'ensemble des obligations, mais encore aux actions elles-mêmes. C'est ce que déterminent d'une façon expresse les conventions avec la Compa-

« gnie de l'Est (art. 9 et 10), avec la Compagnie de l'Ouest « (art. 9 et 10), avec celle d'Orléans (art. 13 et 14), avec « celle du Midi (art. 10 et 13). » Et M. Morel cite tout au long ces divers articles.

« Le système de la garantie n'impose à l'Etat qu'une « avance d'ailleurs remboursable par les compagnies. » Voici les conclusions que tire M. Morel de la lecture de tous ces passages des conventions de 1883.

« De la lecture de ces documents il résulte que l'on doit « rapprocher du produit net le total obtenu en addition- « nant les charges du capital-obligations, l'intérêt et « l'amortissement des actions et le dividende garanti. Si « les produits de l'exploitation sont insuffisants pour « désintéresser les capitaux d'emprunt après avoir « ouvert les charges du capital social, il ne saurait être « question de garantie d'intérêts, mais au contraire du « remboursement des avances que l'Etat a pu faire. Dans « le cas contraire, cette garantie fonctionne proportion- « nellement au déficit. Pour les compagnies du Nord et « de Paris-Lyon-Méditerranée, qui n'avaient jamais fait « appel à la garantie d'intérêts, les conventions, tout en « stipulant l'unité du compte des recettes et du compte « des dépenses, ont maintenu la spécialisation de cette « garantie au nouveau réseau. Malgré cela, la situation « des obligations est améliorée, puisque le capital de « premier établissement de ce réseau jouit de la garantie « d'intérêts pour la totalité de ses charges au lieu d'en « bénéficier seulement jusqu'à concurrence du taux

« limité de 4 fr. 65 %, y compris l'amortissement, comme « dans le régime établi depuis le 1er janvier 1865. A « l'époque où il y avait deux réseaux, le produit net « était établi séparément pour l'ancien et le nouveau « réseau ; sur le produit net de l'ancien réseau on com- « mençait par mettre de côté le revenu réservé à l'ancien « réseau, et on reportait le reste sur le nouveau réseau. « Ce reste, ajouté aux produits nets du nouveau réseau, « formait un total qui, retranché à son tour de l'intérêt « et de l'amortissement garanti sur le capital de premier « établissement au 31 décembre de l'année précédente, « permettait de déterminer le montant des avances du « Trésor au titre de la garantie d'intérêts.

« Depuis les conventions de 1883, il faut encore recou- « rir à un pareil mode de calcul en ce qui concerne la « garantie d'intérêts du Nord, de Paris-Lyon-Méditer- « ranée et de l'Orléans, qui sont soumis à l'ancien régime « pour quelques-unes de leurs lignes.

« Remarquons enfin qu'alors que les conventions de « 1875 entre l'Etat et les compagnies de l'Est et de « l'Ouest admettaient que le fonds fixe d'amortissement « des actions serait compris parmi les charges à préle- « ver sur le produit net pour le Nord et l'Orléans « (Picard, tome II), et nous pensons qu'on doit l'admet- « tre également pour le Midi en présence des termes « généraux de l'article 13. »

M. Morel passe ensuite à la Compagnie du Nord. Ce qu'il y a surtout d'intéressant pour nous et ce qu'il im-

porte de bien mettre en relief, ce sont les remarques suivantes. La première, c'est que l'Etat, par le fait qu'il garantit un intérêt minimum, garantit en même temps le fonds d'amortissement « puisqu'il garantit les deux « éléments qui le composent. Nous rappelons que ce « fonds se constitue dans les compagnies de chemins de « fer d'une somme fixe invariable autour de laquelle « viennent se grouper, chaque année plus nombreux, les « intérêts fixes afférents aux actions amorties et qui ne « leur sont pas payés.

« Or, le fonds fixe est considéré, soit comme dépenses « d'exploitation (Ouest et Est), soit comme charges à « prélever sur le produit net (Nord, Orléans, Midi) ; il « va donc diminuer d'autant les sommes qui auraient pu « être versées aux actionnaires à titre de dividendes et « l'Etat va donc être obligé de combler cette diminution puisqu'il garantit un minimum de dividendes. D'autre « part, les intérêts fixes des actions sont également « garantis par l'Etat. Donc, le fonds d'amortissement « n'est pas exposé aux vicissitudes que la compagnie pourrait subir. Il serait en effet inutile que l'Etat « garantisse le fonds d'amortissement et le revenu des « actions, si les sommes payées devaient servir à payer « les créanciers. Le but qu'on se propose serait man- « qué. »

La seconde remarque à faire encore plus importante, c'est que par le fait même de la garantie d'un intérêt minimum, l'Etat s'est engagé non pas seulement à four-

nir en outre les fonds nécessaires à l'amortissement, mais encore à payer les créanciers sociaux. C'était déjà ce que nous disait, à propos de la loi du 15 juillet 1840, M. Aucoc, dont M. Morel nous cite un passage qu'il développe à la page 159 de sa thèse : « Mais nous « avons vu que l'État s'est engagé à payer l'insuffisance « du produit net résultant du compte d'exploitation pour « faire face aux dépenses de la société, les créanciers « sont donc également sûrs d'être payés.

« Il faudrait, pour qu'ils ne le fussent pas, que non « seulement la compagnie ne puisse les payer, mais « encore que l'État lui-même, manquant à ses engage- « ments envers les compagnies, ne le puisse ; il ferait « alors banqueroute.

« Cette hypothèse n'est guère probable, mais si elle « venait à se réaliser, il y aurait alors de telles ruines, « de tels cataclysmes sur notre pauvre pays, que tous, « actionnaires et créanciers des chemins de fer, dispa- « raîtraient dans la tourmente. »

Il résulte de tout cela que si, à l'expiration d'une société concessionnaire, le capital social a complètement disparu ou ne se retrouve que fortement diminué, il n'y a pas là un phénomène particulier établissant entre ces catégories de sociétés et les autres une différence essentielle ; et que, par conséquent, on n'est pas obligé de reconstituer ce capital dans l'intérêt des créanciers sociaux, qui, du reste, en pratique, sont parfaitement protégés et n'ont à peu près rien à craindre et qui, en

tout cas, connaissent la situation et n'ont qu'à prendre leurs précautions.

Quant aux actionnaires, sans doute ils verront diminuer la valeur de leurs actions, non pas sans doute avec cette progression mathématique qu'indiquent MM. Maria et Thaller, mais cependant d'une manière sensible, puisque lorsqu'on ne se trouvera plus qu'à quelques années de l'expiration de la concession leurs titres ne donneront plus droit qu'à un très petit nombre de distributions de bénéfices, d'une part, et que, d'autre part, ils ne représenteront aucun capital social à se partager ou du moins un capital social fort amoindri. Mais cela peut se présenter pour n'importe quelle société ; c'est du reste le résultat inévitable des événements, et la reconstitution d'un capital primitif par des prélèvements effectués sur les recettes n'y remédierait pas, car ces sommes que l'on offrirait aux actionnaires, en leur disant que c'est leur capital primitif, ils les auraient aussi bien touchées à titre de dividendes. Par conséquent, même pour les actionnaires, la situation est la même dans les deux catégories de sociétés, ce qui fait qu'on pourra sans crainte leur appliquer à toutes deux la théorie de l'amortissement que nous avons exposée précédemment et que, du reste, MM. Thaller et Maria avaient défendu avant nous avec, naturellement, infiniment plus de talent et d'habileté, et qu'on pourra leur appliquer toutes les conséquences que nous avons cru pouvoir en tirer.

CONCLUSION

Je crois avoir maintenant terminé tout ce qui me semblait important relativement à notre sujet. Il me paraît inutile de résumer ce que j'ai dit jusqu'ici : je me suis répété bien souvent, ce ne serait donc qu'une répétition de plus.

Il ne me reste qu'à remercier ceux dont les ouvrages m'ont rendu de si grands services, et auxquels j'ai tant emprunté, et à m'excuser auprès de ceux que j'ai combattus, et particulièrement ceux comme MM. Valéry, Bouvier-Bangillon, etc..., dont la science et les talents sont si au-dessus de moi. Si, comme il est malheureusement probable, je n'arrive pas à les rallier à ma manière de voir, j'espère, du moins, qu'ils se montreront indulgents à mon égard en songeant que, somme toute, pour la plupart des questions de droit et notamment pour celles qui sont relatives au caractère de capitaux ou de revenus à attribuer à certains biens, on se trouve en présence de plusieurs points de vue dont tout dépend et parmi lesquels cependant il est parfois bien difficile de choisir, tellement que souvent après avoir hésité longtemps on se prononce pour l'un plutôt que pour l'autre uniquement pour des raisons un peu secondaires et qui, en tout cas, n'ont rien d'absolument concluant. C'est

naturel, puisque toutes ces questions reposent sur des conventions admises d'une manière générale mais que nous concevons parfaitement comme pouvant être différentes.

C'est un peu ce qui m'est arrivé : après bien des tergiversations, j'ai fini par adopter un point de départ qui me semblait correspondre à la réalité des choses, et avoir l'énorme avantage d'éviter bien des difficultés dans lesquelles les autres théories sont obligées de se débattre. Une fois mes prémisses établies j'en ai tiré toutes les conséquences, alors même que certaines d'entre elles semblaient présenter des inconvénients, inconvénients qui, du reste, ont peu d'importance, qu'il serait possible d'atténuer encore par des mesures législatives et qui, en tout cas, semblent s'imposer en l'état de notre législation.

Vu :
Aix, le 29 avril 1907,
Le Président de la thèse,
BOUVIER-BANGILLON.

Vu :
Le Doyen,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :
Aix, 29 avril 1907.
Le Recteur de l'Académie,
BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

DE L'AMORTISSEMENT EN LUI-MÊME ET DES DIVERSES EXPLICATIONS QU'ON EN A DONNEES

CHAPITRE I. — Origine rationnelle et historique de l'amortissement. 11

CHAPITRE II. — Opinion classique 39

CHAPITRE III. — Système du rachat 70

CHAPITRE IV. — L'amortissement s'analyse en une distribution de dividendes privilégiés 77

Section I. — Exposé général de ce système 77

Section II. — Des divers auteurs qui se sont prononcés en faveur de notre opinion 88

§ 1. — M. Thaller. 88

§ 2. — M. Maria 110

§ 3. — M. Morel 121

DEUXIÈME PARTIE

DES DIVERSES CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DE CHACUN DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES SOUTENUS 126

CHAPITRE I. — Des diverses conséquences qui résultent des différents systèmes soutenus au point de vue du droit commercial. 128

§ 1. — L'amortissement est-il définitif? 128

§ 2. — Les actions de jouissance donnent-elles le droit à leurs porteurs de prendre part aux assemblées générales? 130

§ 3. — Les actions de jouissance donnent-elles le droit de prendre part aux bénéfices pendant le cours de la société et au partage du capital social à sa dissolution ? . . . 134
§ 4. — Les actions de jouissance peuvent-elles être affectées par les administrateurs de sociétés anonymes à la garantie de leur gestion? 136
§ 5. — Hypothèse d'un amortissement opéré avec des bénéfices fictifs. 141
§ 6. — Hypothèse des actionnaires désignés par le sort et qui ne se sont pas fait payer avant la faillite de la société. 143
§ 7. — Les actions n'étant pas complètement libérées au moment de l'amortissement quelles sommes va-t-on verser à leurs titulaires ? 146

CHAPITRE II. — Des diverses conséquences qui résultent des différents systèmes soutenus au point de vue du droit civil. 150
Section I. — Questions relatives aux mineurs 151
§ 1. — Mineurs non encore émancipés. 151
§ 2. — Mineurs émancipés 152
§ 3. — Interdits et individus pourvus d'un conseil judiciaire 154
§ 4. — Diverses hypothèses 155
Section II. — Cas où une action appartient à la fois à un nu-propriétaire et à un usufruitier 156
Section III. — Cas où une action appartient à une femme mariée. 159

CHAPITRE III. — Des différentes conséquences qui résultent des théories émises au point de vue fiscal 165

TROISIÈME PARTIE

SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES. 171

Conclusion 208

La Rochelle, Imprimerie Nouvelle Noel Texier et Fils

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER ET FILS